



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
"ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL"**

TESIS DOCTORAL

**LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y EL DERECHO A UN JUICIO
JUSTO FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

**ANÁLISIS DE LOS DESAFÍOS IMPUESTOS
DESDE EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO**

FRANCISCO J. LETURIA I.

SALAMANCA 2014



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
"ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL"**

TESIS DOCTORAL

**LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y EL DERECHO A UN
JUICIO JUSTO FRENTE A LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN**

**ANÁLISIS DE LOS DESAFÍOS IMPUESTOS
DESDE EL CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÁNEO**

Tesis doctoral presentada por Francisco Javier Leturia Infante para obtener el grado de Doctor en Derecho, dirigida por el Prof. Dr. D. Nicolás Rodríguez García, Profesor Titular (Catedrático acreditado) de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Fdo.: Francisco J. Leturia I.

Fdo.: Nicolás Rodríguez García

A todos los que me han querido y me han tenido paciencia.

Padres y hermanos

Amigos y amigas

Maestros, compañeros, alumnos

Pero sobretodo, mujer e hijos

Espero saberles corresponder, de algún modo

ABREVIATURAS 19

INTRODUCCIÓN 21

PRIMERA PARTE 28

Capítulo I EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y SU IMPACTO EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

I.- El nacimiento del Estado Social de Derecho como una reacción necesaria frente a una institucionalidad jurídica insuficiente. 28

II.- Rasgos de los sistemas jurídicos constitucionalizados que más impactan en la administración de justicia 32

 1.- El punto de partida: La Constitución como norma jurídica 40

 2.- La existencia de una dimensión objetiva e institucional de los derechos fundamentales, que complementa su vertiente originaria de garantía individual 41

 2.1.- Consecuencias directas de la Constitución entendida como un “orden de valores”: El deber de protección del Estado y el efecto irradiador de las normas constitucionales a todo el ordenamiento jurídico 44

 2.2.- Particularidades operativas de los enunciados constitucionales contruídos con elementos extrajurídicos..... 47

 3.- Tendencia expansiva de la eficacia de los derechos fundamentales y sus principales consecuencias.. 60

III.- Rol de los órganos jurisdiccionales en un sistema jurídico constitucionalizado..... 88

IV.- Materialización de los derechos fundamentales. Especial referencia a la justicia constitucional 96

V.- Aspectos problemáticos asociados al proceso de constitucionalización de un sistemas jurídicos. 124

VI.- Toma de posición. 143

Capítulo II ROL DEL JUEZ FRENTE A LA INTERPRETACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. TÉCNICAS APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

I.- El juez frente a la interpretación jurídica. Aspectos generales..... 147

 1.- El axioma fundamental: Toda norma jurídica requiere ser interpretada..... 147

 2.- Importancia y utilidad de desarrollar y perfeccionar técnicas de interpretación 151

 3.- Legitimidad para realizar la interpretación jurídica 152

 4.- Formas de abordaje de la actividad interpretativa: análisis empírico y análisis basado en una determinada ideología 154

 5.- Objeto de la actividad interpretativa 159

 6.- Opciones, preferencias y definiciones que caracterizarán la actividad interpretativa de un juez..... 168

 7.- La interpretación frente a las decisiones trágicas 172

II.- Elementos legitimantes de la interpretación constitucional. 174

III.- Interpretación constitucional en sentido propio.....	192
1.- Determinación del objeto denominado “Constitución”.....	192
2.- Análisis de la utilidad de las técnicas clásicas de interpretación legal en materia constitucional	193
3.- Elementos específicos de la interpretación constitucional.....	199
3.1.- Carácter normativo supremo de la Constitución	199
3.2.- Indeterminación de sus normas y de su contenido.....	199
3.3.- Normas construídas con referencia a valores y otros elementos tradicionalmente considerados extrajurídicos.....	201
3.4.- Especificidad del intérprete constitucional.....	201
3.5.- Especificidad por los efectos de las sentencias del juez constitucional.....	202
3.6.- Requerimientos de cambio y adaptación propios de las normas constitucionales	202
3.7.- Conflictividad (aparente o real) de los enunciados constitucionales entre sí	203
4.- Criterios particulares para la interpretación de las disposiciones constitucionales	203
5.- Las técnicas de interpretación constitucional más utilizadas en la práctica.....	205
IV.- El intérprete judicial frente a los enunciados constitucionales referidos a derechos y su forma de interpretación.....	209
1.- Reglas y principios en el lenguaje constitucional contemporáneo	211
2.- Reglas y principios: criterios de distinción y formas de resolver los conflictos	213
V.- Los conflictos de contenido constitucional.....	224
1.- Posiciones que afirman y niegan la existencia de conflictos entre derechos fundamentales	¡Error!
Marcador no definido.	
2.- La limitabilidad de los derechos fundamentales como un rasgo esencial de los mismos	233
3.- Toma de posición frente a la conflictividad de contenido constitucional	252
VI.- La técnica de la ponderación como método para resolver conflictos entre derechos fundamentales en sede judicial.....	254
1.- Concepto de ponderación.....	254
2.- Críticas y problemas de la ponderación como modelo interpretativo.....	259
2.1.- Ausencia de un instrumento objetivo de medición.....	259
2.2.- Objeto de la medición difuso e indeterminado	260
2.3.- Ausencia de un criterio único de medición	260
2.4.- Incapacidad de ofrecer certeza jurídica y estabilidad al contenido de los derechos.....	260
2.5.- Dificultad de generar un criterio de corrección de los fallos judiciales, abriendo una puerta a la discrecionalidad	260
2.6.- Posibles consecuencias sociales de la actividad ponderativa y del lenguaje de los derechos fundamentales: confusión de la ciudadanía y deterioro del debate político	261
2.7.- Desconocimiento del carácter inconmensurable y absoluto de los derechos fundamentales ...	262
2.8.- Riesgos de una restricción, postergación o sacrificio excesivo de algunos derechos.....	262
2.9.- La multiplicidad de soluciones y la existencia de derechos incompatibles y relativos (jerarquías dinámicas) no es compatible con la unidad que supone todo ordenamiento jurídico.....	263
3.- Análisis y posición frente a estas críticas	263
4.- Elementos que pueden ser considerados en un proceso de balanceo para justificar la limitación de los derechos fundamentales.....	267
5.- Diferentes formas de entender la ponderación: Universalismo, particularismo y posiciones intermedias.....	268
6.- Aplicación de la técnica de la ponderación a un conflicto particular	274
6.1.- Pasos o etapas del test de proporcionalidad (o test de ponderación).....	275

6.1.1.- El test de adecuación e idoneidad	276
6.1.2.- El test de necesidad (alternativas más benignas)	277
6.1.3.- El test de proporcionalidad propiamente tal (análisis de costos y beneficios)	278
7.- Problemas y críticas observables en la aplicación operativa de la técnica de ponderación	280
8.- Un mecanismo complementario a la ponderación: la jerarquización como forma de resolver conflictos entre derechos fundamentales	283
8.1.- Jerarquías abstractas o rígidas	283
8.2.- Jerarquías <i>prima facie</i> o móviles. Una consecuencia de la técnica de la ponderación aplicada a la resolución de conflictos de naturaleza constitucional.....	286

SEGUNDA PARTE.....294

Capítulo III FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS DISTINTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

I.- Fundamentos de la libertad de expresión.....	294
1.- La dignidad humana como primer fundamento de la libertad de expresión	297
2.- La búsqueda de la verdad y del conocimiento como fundamentos de la libertad de expresión.....	300
3.- Fundamento institucional de la libertad de expresión.....	306
3.1.- La libertad de expresión como requisito estructural de la democracia.....	306
3.2.- La existencia de una opinión pública libre y vigorosa como elemento fundamental de la democracia.....	309
3.3.- Consenso internacional sobre la relevancia de la libertad de expresión como elemento necesario para la democracia y la protección de los derechos fundamentales.....	312
3.4.- La función institucional de la libertad de expresión como fundamento para su especial protección.....	316
3.5.- Rol de los medios de comunicación frente a las exigencias propias de la libertad de expresión e información.....	319
4.- Síntesis de las diversas funciones de la libertad de expresión.....	332
II.- Contenido de la libertad de expresión en cuanto derecho fundamental. un enfoque desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su influencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional español.....	334
1.- La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la comprensión del contenido y alcances de la libertad de expresión e información.....	335
2.- Influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional español en la comprensión del contenido y alcances de la libertad de expresión e información	337
3.- Elementos que caracterizan la libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español.....	338
3.1.- Doble dimensión subjetiva e institucional de las libertades expresivas	338

3.2.- La libertad de expresión como derecho preferente dentro del sistema de derechos	338
3.3.- Protección a todas las formas y medios de expresión	339
3.4.- Especial protección dada a las expresiones que reflejen un asunto de interés público	340
3.5.- Titularidad activa y pasiva de la libertad de expresión.....	341
3.6.- Contribución de la prensa a la calidad de la democracia y al buen gobierno	342
3.7.- Deberes y responsabilidades del ejercicio de la función de informar.....	342
3.8.- Deber de diligencia (veracidad) como requisito de la protección reforzada de la libertad de expresión e información.....	343
3.9.- Figuras públicas y mayor admisibilidad de afectaciones por causa de la libertad de expresión	343
3.10.- Dificultad de distinguir entre los hechos objetivos de los juicios de valor.....	344
3.11.- Protección dada a las expresiones molestas y exclusión de protección del insulto e informaciones ofensivas carentes de valor. Posición frente al negacionismo histórico	345
3.12.- Uso de la técnica de la ponderación en el caso concreto como mecanismo interpretativo y de solución de conflictos entre derechos. Carácter excepcional de las restricciones a la libertad de expresión	347
3.13.- Rol activo del Estado en la remoción de los obstáculos que impiden un ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.....	349
3.14.- Posición frente a los límites a la libertad de expresión y frente a las acciones que puedan tener un efecto silenciador	349
III.- Aspectos fundamentales de la libertad de información como un derecho autónomo y diferenciado. Un enfoque desde la Constitución Española.....	351
1.- Antecedentes del reconocimiento constitucional.....	354
2.- Doble función de la libertad de información: garantía individual y función institucional.....	356
2.1.- Riesgos asociados a un desbalance entre ambas dimensiones	357
3.- Primeras consecuencias derivadas de la libertad de información como derecho diferente y autónomo frente a la libertad de expresión	359
3.1.- La formación de la opinión pública como un valor digno de promoción.....	360
3.2.- La información como derecho preferente en sus diversas modalidades.....	360
3.3.- Legitimidad y necesidad de un rol activo del Estado frente a la libertad de información.....	363
4.- Protección constitucional de la libertad de información	365
4.1.- El interés público como requisito y justificación de la libertad de información.....	366
4.1.1.- Concepto de interés público frente a la libertad de expresión e información.....	368
4.1.2.- Consecuencias que se siguen de esta comprensión del interés público en materia informativa	370
4.1.2.1.- El interés público y la curiosidad del público no deben ser confundidas.....	370
4.1.2.2.- Los diversos elementos vinculados con un asunto de interés público informativo pueden recibir diversos niveles de protección.....	373
4.1.2.3.- El concepto de interés público trasciende a los asuntos estatales y políticos (y por lo tanto, también a los funcionarios públicos y políticos)	375
4.1.3.- Otros criterios diferentes al interés público que permiten difundir informaciones y eventualmente afectar otros derechos protegidos	375
4.2.- Análisis de los requisitos exigidos por la Constitución para conceder la protección reforzada específica del artículo 20.1 letra d) (libertad de información): Interés Público informativo y Veracidad.....	378

4.2.1.- El interés público informativo como primera exigencia para conceder la protección reforzada específica del artículo 20.1 letra d) (libertad de información). Factores objetivos y subjetivos relacionados con el contenido de la información	379
4.2.1.1.- Factores objetivos.....	380
4.2.1.2.- Factores subjetivos o relacionados con el estatus de la persona sobre la que se informa.....	381
a.- Evolución del concepto de interés público informativo y la incorporación en el mismo del elemento subjetivo	382
b.- Distinciones realizadas por el Tribunal Constitucional en relación a la persona ..	385
i.- Situación en que se encuentran los políticos y funcionarios públicos que ejercen cargos de responsabilidad. Máxima expresión del interés público y de la libertad de información	387
ii.- Funcionarios públicos con cargos de responsabilidad menores.....	392
iii.- Personas públicas no políticas. La fama personal y su vínculo con el interés público y la libertad de información.....	392
iv.- Un caso de especial interés: las personas privadas involucradas involuntariamente en hechos de interés público	394
c.- Ventajas y desventajas de la utilización del criterio subjetivo para determinar el interés público de una información	395
4.2.1.3.- Consecuencias vinculadas a la indeterminación del concepto de “interés público”	398
a.- Las situaciones que puedan tener un carácter público deben ser analizadas utilizando un criterio amplio	398
b.- Adopción de un criterio de interés público basado en la opinión de la audiencia (criterio descriptivo).....	398
4.2.1.4.- Toma de posición.....	400
4.2.2.- La exigencia de veracidad como segunda exigencia para conceder la protección reforzada específica del artículo 20.1 letra d) (libertad de información)	401
4.2.2.1.- El concepto de veracidad.....	401
4.2.2.2.- Ideas, opiniones y hechos frente al requisito de veracidad	402
4.2.2.3.- Utilidad de distinguir entre hechos, ideas y opiniones.....	403
4.2.2.4.- Ideas y opiniones protegidas por la libertad de información.....	403
4.2.2.5.- El elemento preponderante del hecho noticioso en las expresiones protegidas	404
4.2.2.6.- La admisibilidad y protección de los errores en la información transmitida.....	405
4.2.2.7.- La inexigibilidad de la neutralidad en el ejercicio de la libertad de información	407
4.2.2.8.- Las buenas artes y la intención como requisitos irrelevantes frente a la exigencia de veracidad	407
4.2.2.9.- El requisito de veracidad entendido como diligencia (obligación de medios).....	411
4.2.2.9.1.- Criterios para determinar los distintos niveles de diligencia exigidos.....	414
a.- La gravedad de la información divulgada	414
b.- El carácter noticioso del hecho	415
c.- La consistencia del contenido de los reportajes con sus respectivos titulares..	415
d.- La presunción de inocencia.....	416
e.- El contraste de la información recibida con diversas fuentes	417
i.- Las posibilidades efectivas de contraste de la información	417

ii.- Los mecanismos de contraste disponibles	417
iii.- La calidad de las fuentes consultadas	417
f.- La retransmisión según el medio utilizado	418
g.- Los niveles de diligencia exigidos frente a tres situaciones particulares: La falta de veracidad derivada de una incorrecta utilización del lenguaje legal; la falta de veracidad asociada a la omisión voluntaria de información; y la falta de veracidad contenida en las citas que se hacen de terceros (reportajes neutrales).	418
4.3.- Medidas estructurales adicionales para fomentar y facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de expresión e información y su veracidad.....	422
4.3.1.- Secreto profesional del periodista, anonimato y derecho a réplica	425
4.3.2.- Anonimato.....	427
4.3.3.- El derecho de rectificación, réplica o respuesta como una herramienta de acceso a la información y contribución a la calidad de la información.....	428
4.4.- Titularidad de la libertad de información.....	431
4.4.1.-La información como un derecho de la comunidad (titularidad pasiva)	432
4.4.2.- La libertad de información como derechos individuales (titularidad activa).....	433
4.4.2.1 Capacidad de satisfacer los derechos de los titulares pasivos del derecho a la libertad de información como un elemento relevante a la hora de obtener protección en el ejercicio activo del mismo	437
4.4.2.2.- Protección de las actividades auxiliares	438

Capítulo IV JUSTICIA Y MEDIOS: ANÁLISIS DE LAS TENSIONES EXISTENTES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA ACTIVIDAD INFORMATIVA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS CONFLICTOS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

I.- Algunos derechos y bienes jurídicos vinculados a la administración de justicia que podrían entrar en colisión con la libertad de información. análisis de diversas formas de enfrentar el problema. 439

 1.- Introducción: Justicia y medios informativos. Dos sistemas independientes y con funciones y objetivos diferentes 439

 2.- Algunas situaciones de aparente similitud de propósitos entre la labor informativa y la jurisdiccional 441

 2.1.- La investigación periodística y la investigación judicial 441

 2.2.- La verdad judicial y la verdad informativa 442

 2.3.- Las sanciones penales y las sanciones extra-jurisdiccionales (mediáticas y sociales)..... 445

 3.- La responsabilidad social difusa ante la opinión pública. Rol que en ella juegan los medios de comunicación 448

 4. - Análisis de una problemática particular: los juicios paralelos 450

 4.1.- Existencia de diversos conceptos de juicio paralelo 451

 4.2.- Capacidad de los “juicios paralelos” para afectar bienes jurídicamente protegidos 455

 4.3.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional frente a los juicios paralelos 458

 4.4.- Motivaciones existentes en la generación de los juicios paralelos 462

 4.5.- Insuficiencia de las medidas existentes en el ordenamiento español para proteger a los Tribunales de Justicia frente a situaciones de afectación de la imparcialidad del Tribunal producidas por juicios paralelos 465

 5.- Análisis de dos situaciones especiales..... 466

 5.1.- La (in)capacidad de los medios para explicar problemas complejos..... 466

 5.2.- La formación de la opinión pública en materias de interés general no es el único objetivo de la prensa. Legitimidad y problemáticas asociadas a la industria del entretenimiento. 467

II.- Mecanismos y criterios para enfrentar y resolver los problemas generados entre la libertad de información y de expresión y los derechos relacionados con la administración de la justicia. 469

 1.- Criterios en relación a la persona para resolver algunas de las tensiones existentes entre la libertad de información y los derechos asociados a la Administración de Justicia 470

 2.- Criterios fundados en el procedimiento para resolver algunas de las tensiones existentes entre la libertad de información y los derechos asociados a la Administración de Justicia 472

 2.1.- Libertad de Expresión dentro del proceso (partes, abogados y jueces) 473

 2.1.1.- Actuaciones realizadas por los abogados y las partes dentro de un proceso 473

 2.1.2.- Expresiones realizadas por abogados y partes fuera del proceso 476

 2.1.3.- Expresiones realizadas por un juez dentro del proceso 477

 2.1.4.- Expresiones realizadas por un juez fuera del proceso 479

 2.1.5.- Especial referencia a los testigos y peritos y su necesidad de protección frente a las amenazas y presiones mediáticas 481

 3.- Soluciones obtenidas mediante un juicio de ponderación aplicado al caso concreto para resolver algunas de las tensiones existentes entre la libertad de información y los derechos asociados a la Administración de Justicia 485

III.- Derechos y bienes protegidos vinculados a la administración de justicia y que permiten imponer restricciones a la libertad de expresión e información en el marco de un juicio de ponderación o balanceo	486
1.- El debido proceso como derecho y bien institucional	486
1.1.- El juicio justo como derecho universal, garantía institucional y principio normativo	487
1.2.- Elementos estructurales y funcionales necesarios para un juicio justo	488
1.3.- El proceso penal acusatorio como paradigma y máxima expresión del juicio justo	489
1.4.- Desarrollo y evolución histórica de las garantías del debido proceso	490
1.5.- Elementos Estructurales de un Juicio Justo y su Relevancia Práctica	491
1.6.- Elementos que no forman parte de la estructura del debido proceso	494
1.6.1.- Un Tribunal encargado de dictar sentencia	494
1.6.2.- El derecho a la presunción de inocencia	495
1.7.- Otros refuerzos estructurales que favorecen significativamente la realización de un juicio justo	495
1.8.- Análisis de algunos elementos centrales del juicio justo	497
1.8.1.- La imparcialidad del juzgador y su doble comprensión: interna y externa	497
1.8.2.- Imparcialidad, independencia y neutralidad judicial: aclarando confusiones.....	500
1.8.3.- La necesidad de que la sociedad tenga confianza en la Administración de Justicia y la protección de la autoridad de los jueces que ello exige.....	503
1.8.4.- Causales de pérdida de imparcialidad	505
2.- El principio de publicidad de las actuaciones judiciales.....	508
2.1.- La publicidad judicial: garantía individual y función institucional	508
2.2.- La Publicidad frente a las partes y frente a terceros.....	515
2.2.1.- La publicidad ante las partes como parte de la estructura de todo juicio justo.....	511
2.2.2.- La publicidad procesal propiamente tal o publicidad frente a terceros	511
2.3.- Publicidad procesal y medios de comunicación	513
3.- La presunción de inocencia.....	516
3.1.- La Presunción de inocencia como derecho fundamental de naturaleza procesal.....	516
3.2.- Garantías constitucionales cubiertas por la presunción de inocencia.....	517
3.3.- Ampliación del principio de presunción de inocencia más allá del ámbito procesal. La solución española.	520
3.4.- Exigibilidad de respetar la presunción de inocencia a todos los órganos del Estado y a los funcionarios públicos	522
3.5.- Presunción de inocencia impropia	523
3.5.1.- Limitaciones normativas existentes en la protección de la presunción de inocencia en un sentido impropio.....	524
3.5.2.- Limitación de las actuaciones que atentan contra la presunción de inocencia por la vía de la ponderación de las mismas frente a otros derechos afectados	525
3.5.3.- Recursos utilizados para garantizar la presunción de inocencia impropia	527
3.5.3.1.- Estándar de diligencia necesario para satisfacer el requisito de veracidad de la libertad de información.....	527
3.5.3.2.- Secreto de sumario	528
3.5.3.3.- Protección de la imparcialidad del Tribunal	529
3.5.3.4.- Deberes de los periodistas y de los medios de comunicación	529
3.5.3.5.- Medidas específicas que suponen un juicio de ponderación realizado en sede legislativa	530

3.5.3.6.- Imprudencia de la protección de la presunción de inocencia por la vía del derecho a la imagen	532
IV.- Limitaciones a la publicidad de las sentencias o de asuntos vinculados al proceso y a las partes fundadas en el “derecho al olvido”.	5321
1.- Fundamentos y contenido propio del derecho al olvido.	538
2.- El objetivo resocializador de la pena como justificación del derecho al olvido	541
3.- El debido proceso y la imparcialidad del juzgador como fundamentos del derecho al olvido.....	5443
4.- La protección de las víctimas como fundamento del derecho al olvido	545
5.- La pérdida de interés público de un hecho informativo como fundamento del derecho al olvido ..	546
6.- La protección de datos personales como una forma de derecho al olvido	553
7.- Situaciones resistentes al olvido	558
i.- Disminución y aumento del interés público de un hecho.....	558
ii.- Utilidad de los antecedentes para otros fines	559
iii.- Necesidades de seguridad pública	560
iv.- Necesidad de conocer los criterios y decisiones judiciales.....	561

Capítulo V MEDIDAS ESTABLECIDAS PARA PROTEGER LAS NECESIDADES DE UNA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FRENTE A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

I.- Criterios establecidos por el convenio europeo de derechos humanos para la limitación de la libertad de expresión. Especial referencia a la necesidad de proteger la autoridad e imparcialidad del poder judicial. ..	564
1.- Novedad y utilidad del art. 10.2 Convenio Europea de Derechos Humanos.....	565
2.- Taxatividad de las causales señaladas en el art. 10.2 Convenio Europea de Derechos Humanos	567
3.- Conveniencia de la existencia del art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.....	568
4.- Primer criterio interpretativo general de la convención europea: el reconocimiento de un “margen de apreciación” en la aplicación y cumplimiento de los derechos establecidos en ella.	569
5.- Requisitos específicos señalados por el art. 10.2 Convenio Europea de Derechos Humanos para la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión.	572
5.1.- El carácter legal de las restricciones a la libertad de expresión.	573
a.- La norma debe ser accesible para quienes deben cumplirla (publicidad).	575
b.- Precisión y claridad de la norma legal.	576
5.2.- La legitimidad de los propósitos.....	577
5.3.- La compatibilidad con las exigencias y necesidades de una sociedad democrática.	578
a.- Algunos criterios utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la pertinencia y necesidad de una medida en el contexto de una sociedad democrática.	578
b.- Ejemplos de medidas consideradas desproporcionadas e innecesarias dentro del contexto de una sociedad democrática.....	583
II.- Diversas modalidades de restricciones a que puede ser sometido el ejercicio de la libertad de información y expresión.	585
1.- Las restricciones indirectas.....	587
2.- Restricciones de contenido y de medios.....	588

3.- Un análisis especial: las llamadas restricciones absolutas a la libertad de expresión.....	590
4.- Limitaciones internas o contorno del derecho.....	591
5.- Límites externos o limitaciones propiamente tales.....	591
6.- Otras circunstancias que pueden ser consideradas en un juicio de ponderación o balanceo.....	592
7.- Especial referencia a las restricciones derivadas del ejercicio de la función pública.....	594
8.- Posibilidad de establecer restricciones y ampliaciones a la libertad de expresión fundadas en el buen funcionamiento de la democracia y sus instituciones.....	596
9.- Interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad de expresión.....	598
III.- Limitaciones a la libertad de expresión e información fundadas en el derecho a un juicio justo.....	599
1.- Cuestiones preliminares.....	599
1.1.- Particularidades de la crítica dirigida a la Administración de Justicia.....	600
1.2.- Un sistema integrado por una multiplicidad de actores.....	603
1.2.1.- Dificultad de establecer reglas generales y universales frente a la crítica y los riesgos que la información implica a la función judicial.....	603
1.2.2.- Capacidad de la información para afectar negativamente la imparcialidad judicial y la autoridad de los Tribunales de Justicia.....	604
1.2.3.- Protección diferenciada de jueces profesionales y jurados frente al riesgo de pérdida de imparcialidad provocada por acciones comunicativas.....	606
2.- Análisis de algunas limitaciones, medidas e instituciones cuyo objeto es proteger la autoridad de los tribunales, la imparcialidad judicial y el derecho a un juicio justo.....	610
2.1.- Suspensión y anulación de juicios afectados por campañas mediáticas y juicios paralelos.....	611
2.2.- Censura y limitación a la publicación de determinadas informaciones.....	612
2.3.- Prohibiciones de ingreso a determinadas personas a las salas de audiencia y restricción a determinados tipos de registro (especialmente filmaciones).....	613
2.4.- Amparo institucional.....	614
3.- Medidas específicas que suponen una restricción del principio de publicidad procesal.....	614
3.1.- La posibilidad de restringir, regular o condicionar la publicidad judicial.....	614
3.2.- El principio de publicidad en las distintas etapas del proceso.....	616
3.2.1.- Publicidad previa a la existencia de un juicio.....	616
3.2.2.- Publicidad restricciones durante la etapa de investigación (sumario).....	618
3.2.3.- Publicidad de las audiencias y de los procesos en curso.....	625
3.2.4.- Publicidad en el pronunciamiento de la sentencia.....	626
3.2.5.- Publicidad, debate público y crítica de las sentencias y de las actuaciones judiciales realizadas una vez que el juicio ha concluido.....	628
3.3.- Excepciones a la publicidad procesal: juicios a puerta cerrada, reserva de las deliberaciones del tribunal y sentencias editadas.....	633
3.3.1.- Juicios a puerta cerrada.....	633
3.3.2.- Restricción a la publicidad de las deliberaciones de los jueces.....	633
3.4.- Otras Circunstancias que Ameritan Restricciones a la Publicidad en Materia Judicial.....	633
3.4.1.- Información Reservada y Confidencial.....	633
3.4.2.- Restricción de publicación de imágenes sobre juicios y nombres de involucrados.....	634
3.4.3.- Limitaciones por razones de espacio físico.....	636
3.4.4.- Limitaciones de acceso establecidas por razón de ausencia de actividades de interés público.....	638

3.4.5.- Limitaciones específicas establecidas para el acceso de los medios de comunicación a las audiencias judiciales.	638
a.- Criterios y facultades utilizadas para regular esta situación.	640
b.- Posición del Tribunal Constitucional frente a los acuerdos que limitaban la presencia de medios de comunicación audiovisual en las audiencias de juicio.	643
c.- Efectos de las STC 56 y STC 57/2004.....	647
4.- Sanciones establecidas para proteger la autoridad del poder judicial, salvaguardar su imparcialidad y favorecer el desarrollo de un juicio justo.	650
4.1. El desacato.	651
4.2.- La contempt of court en su versión más conocida (anglosajona).....	652
4.2.1.- Fundamento del <i>contempt of court</i> y su evolución.....	655
4.2.2.- Clasificaciones y tipologías en torno a la figura del <i>contempt</i>	656
4.2.3.- Repercusiones mundiales de un caso emblemático: <i>Sunday Times v. Reino Unido</i>	657
4.2.4.- El caso <i>Sunday Times</i> propiamente tal.	658
4.2.5.- Cambios normativos posteriores a la Sentencia <i>Sunday Times</i> : la <i>Contempt of Court Act</i> de 1981.....	663
4.2.6.- El <i>contempt of court</i> después de la regulación realizada por la Contempt of Court Act de 1981.....	665
4.2.7.- Posibilidades y perspectivas derivadas de la utilización del <i>contempt of court</i>	668
IV.- Propuestas adicionales para disminuir la tensión existente entre la libertad de información y administración de justicia.....	671
1.- Deberes y responsabilidades de los medios frente a la transmisión de noticias judiciales.....	672
2.- Especialización del periodismo.	674
3.- Ejercicio de acciones de responsabilidad civil frente a las informaciones que provoquen daño.	674
4.- Educación de la opinión pública en materias relacionadas con la Administración de Justicia.	676
5.- Cambio de orientación de las relaciones entre el Poder Judicial y los medios: del conflicto a la colaboración.	677
6.- La necesidad de la comunidad de estar informados sobre los asuntos judiciales y rol que cabe al Estado en dicha labor.	678
7.- ¿Quién debe hacerse cargo de las relaciones con la prensa?	680
8.- Análisis de una propuesta particular: voceros judiciales y gabinetes de prensa.	683
8.1.- ¿Qué es lo que puede ser comunicado?	684
9.- Casos especiales.	685
9.1.- El Ministerio Fiscal y su relación con la prensa.....	685
9.2.- Asociaciones de Magistrados.	691
10.- La autorregulación.....	693
10.1.- Problemas y exigencias de los mecanismos de autorregulación.	694
CONCLUSIONES.....	699
BIBLIOGRAFÍA.....	714
TABLA DE CASOS.....	742

ABREVIATURAS

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos
ATC: Auto del Tribunal Constitucional
BGB: Código Civil Alemán
BOE: Boletín Oficial del Estado
CE: Constitución Española
CEDH: Corte Europea de Derechos Humanos
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
COCA: Contempt of Court Act de 1981
EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FJ: Fundamento Jurídico
FMI: Fondo Monetario Internacional
FOIA: Freedom of Information Act
HRA: Human Righth Act
LEC: Ley Enjuiciamiento Civil
LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO: Ley Orgánica
LOFCS: Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
OEA: Organización de Estados Americanos
ONU: Organización de Naciones Unidas
ONUDD: Oficina de las Naciones Unidas para el control de las Drogas y la Prevención del Delito
OSCE: Organization for Security and Co-operation in Europe
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RCL: Repertorio Cronológico de Legislación
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TC: Tribunal Constitucional
TCE: Tribunal Constitucional Español
TCF: Tribunal Constitucional Federal Alemán
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGI: Tribunal de Gran Instancia (Francia)
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TLF: Tribunal Laboral Federal Alemán
TS: Tribunal Supremo
TSA: Tribunal Supremo de los Estados Unidos

I.- INTRODUCCIÓN

“La coexistencia de la utilidad y de la potencial nocividad de los medios de comunicación en el proceso penal impone a todo ordenamiento jurídico moderno la tarea de asegurar las consecuencias beneficiosas de los medios de comunicación en ese ámbito y de impedir, en la medida de lo posible, el riesgo de la aparición de las consecuencias perjudiciales que le acompañan. Ese problema, que hasta ahora no ha sido solucionado de manera satisfactoria en ningún país”.

Claus Roxin

El presente trabajo nació como un esfuerzo por abordar las numerosas y creciente problemática asociada al ejercicio de las libertades de expresión e información frente a las garantías de un juicio justo. Conceptos como “justicia mediática”, “juicios paralelos” o “jueces estrella” fueron los primeros focos de nuestra atención.

Al poco andar, se hizo evidente que para ello debíamos antes profundizar sobre algunos aspectos propios de la problemática constitucional contemporánea y de los cambios que de ellos se derivan para el Derecho Procesal, cuyas fronteras tienden cada vez más a superponerse y confundirse con espacios tradicionalmente desarrollados por otras disciplinas, especialmente con el derecho constitucional. Las facultades y deberes del juez a la hora de interpretar y dar contenido material a los mandatos constitucionales, y las técnicas utilizables por los tribunales para enfrentar y resolver los conflictos de contenido constitucional que les son planteados, son claros ejemplos de estos nuevos desafíos.

Más concretamente, se hizo evidente que no podríamos llegar a buen puerto sin analizar seriamente la problemática de los “conflictos de derechos fundamentales” como asunto autónomo, especialmente notorio en los sistemas jurídicos modernos, y que doctrinal y jurisprudencialmente se plantea como un fenómeno relativamente reciente y aún poco desarrollado.

La indeterminación y apertura interpretativa de los preceptos constitucionales de contenido ius fundamental, sumado a su fuerte carga material, su carácter normativo y su pretensión estructural e irradiante frente a todo el resto del ordenamiento jurídico y frente a toda la actividad del Estado, vuelve fundamental, para resolver cualquier conflicto o tensión entre ellos, la adecuada delimitación del contenido y límites de cada derecho.

Ello, como veremos, implica a su vez entregar importantes funciones al legislador y a la judicatura, sobre todo a la de carácter constitucional.

La libertad de expresión e información y el derecho a un juicio justo, materias de esta investigación doctoral, no escapan de esta realidad de los derechos

fundamentales, lo que nos llevó a adentrarnos en materias propias del ámbito constitucional.

Muy especialmente, debimos profundizar en la naturaleza de las diversas técnicas propuestas para la interpretación de los derechos fundamentales, principalmente realizados en sede legislativa y judicial. Muchas de ellas presentan profundas diferencias con los criterios clásicos utilizados en la interpretación de la ley.

De esta forma, una vez resueltos los aspectos fundamentales relativos a la naturaleza y características de los derechos constitucionales, debimos tomar posiciones respecto de las mejores herramientas interpretativas posibles de interpretar dentro de nuestro ordenamiento, muchas de las cuales aún se encuentran en etapa de precario desarrollo, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

Sólo después de abordar lo anterior seremos capaces de analizar los conflictos de derechos, tanto a nivel general como los que más típicamente se plantean entre las libertades comunicativas y las necesidades de la administración de justicia.

Por ello, este trabajo consta de dos partes.

La primera busca resolver algunos aspectos básicos sobre la naturaleza de los derechos fundamentales y sobre las consecuencias de su irrupción en el Derecho contemporáneo. Una vez que analicemos estas materias, así como las principales cuestiones que dicha problemática suscita, comenzamos a analizar la libertad de expresión y la forma como interactúa con las garantías de un proceso justo.

Debemos anticipar que la solución a los problemas originalmente planteados depende en buena medida por las opciones que adoptemos sobre la naturaleza de los derechos constitucionales y las formas de interpretarlos, área donde existe importantes zonas de debate, muchas veces marcado por la ideología, la moral, las ideas preconcebidas que puedan tenerse sobre el derecho y la política, la influencia de las tradiciones jurídicas y la cultura, así como otros muchos aspectos que tienen en común la capacidad de tocar fibras sensibles y generar numerosas reacciones emocionales.

Estos factores complicaron nuestro análisis, pero son reflejo de una realidad que no puede negarse por quien pretenda trabajar estas materias de forma seria.

En efecto, los sistemas jurídicos contemporáneos presentan características muy diversas a los existentes hasta la primera mitad del siglo XX.

La operatividad de la Constitución como una norma jurídica con capacidad operativa real; la organización y legitimación del poder público y de las disposiciones constitucionales en torno a la idea de “dignidad humana”; la presencia en el texto constitucional de elementos de alto contenido material, abiertos a la interpretación y con un fuerte trasfondo ideológico y moral; la redefinición de funciones de la jurisdicción constitucional y su creciente aumento de facultades, en perjuicio de la libertad legislativa; la extensión del efecto de los derechos fundamentales al mundo de las relaciones entre particulares; y la pretensión de irradiación de los mismos a todo el ordenamiento jurídico, son cambios relevantes que no estaban presentes en los sistemas jurídicos precedentes

y que implican una enorme cantidad de consecuencias, tanto teóricas como prácticas, que exceden con creces el ámbito jurídico.

Sin embargo, la profundidad y extensión de estos cambios generalmente han sucedido en forma paulatina pero progresiva, y no es raro que para muchos hayan resultado incluso poco perceptibles.

En tal escenario, estudiar los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia, así como su evolución, resulta fundamental para conocer el estado de la discusión, las prácticas dominantes, las múltiples críticas entre diversas posturas y soluciones, y los problemas aún pendientes de resolver. Por ello, hemos prestado un especial interés a estas fuentes.

Muy especialmente relevante nos han parecido las soluciones jurisdiccionales emanadas de los órganos con competencia constitucional, y en particular, de los Tribunales Internacionales avocados a estas materias, creados durante la segunda mitad del siglo pasado, especialmente en el ámbito europeo y americano. Basta un estudio preliminar de sus fallos para observar los crecientes cambios de que ha sido objeto la comprensión de los derechos fundamentales, de su ámbito de aplicación, y de las técnicas y criterios usados para interpretarlos.

Adicionalmente, la presencia global de las problemáticas y tensiones existentes entre la libertad de expresión y la administración de justicia, así como de la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales, hacía imposible realizar esta investigación ignorando los momentos más relevantes de su evolución histórica, así como de las soluciones aportadas, de diverso modo, por otros países y jurisdicciones.

Las problemáticas analizadas en este trabajo entroncan con uno de los derechos más relevantes de cualquier catálogo ius fundamental, y por lo mismo, más desarrollados desde un plano conceptual: la libertad de expresión.

En efecto, todas las tensiones y dificultades vinculadas a las actividades de los medios de comunicación y a la administración de justicia podrían ser abarcadas desde la lógica de la libertad de expresión y sus límites. Pero la experiencia práctica, la jurisprudencia constitucional más reciente y la doctrina constitucional dominante nos muestra que dichos límites son “móviles” y dependientes de las circunstancias de cada caso, lo que por un lado favorece la adopción de medidas más adecuadas y “justas”, y por otro, complejiza en proceso de administración de justicia y de comprensión del derecho, abriendo potenciales espacios para la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Por tanto, el estudio que nos planteamos no puede sólo analizarse desde la óptica de la libertad de expresión y sus límites, sino que ella debe contrastarse con cada uno de los derechos en tensión o conflicto, y las posibles formas de solucionar o armonizar la situación planteada, de acuerdo a las especiales condiciones de cada caso. Obviamente, el análisis conceptual requiere al mismo tiempo el estudio de casos reales, pero supone también un esfuerzo de síntesis y de creación de casos y situaciones “típicas” sobre las cuales construir un cuerpo de doctrina generalmente aplicable, al menos *prima facie*.

España aporta un factor adicional a esta problemática. Si bien la comprensión y protección dada a la libertad de expresión es claramente tributaria de las principales tendencias en la materia, y esencialmente consistente con la interpretación dada al mismo por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Constitución Española, enriquecida luego por la doctrina y la jurisprudencia, parece haber dado un paso adelante, que lo diferencia de casi todos los demás países, al consagrar de manera autónoma y diferenciada a la libertad de información respecto de la libertad de expresión (artículo 20.1 letra d).

Esta opción resulta sumamente interesante y ofrece una buena gama de posibilidades y buenas prácticas para muchos países, pero nos obliga también a detenernos especialmente en el desarrollo y comprensión del mismo.

Solo después de contar con una base sólida en los aspectos reseñados, podemos comenzar a hacer un ejercicio de análisis más particularizado sobre los conflictos entre libertad de expresión e información y los múltiples derechos involucrados en la administración de justicia, así como de las numerosas inquietudes y problemáticas que de ella surgen.

De esta manera, enfrentaremos algunas de las preguntas típicamente planteadas en este ámbito: ¿Pueden los medios de comunicación difundir pruebas obtenidas con vulneración de garantías fundamentales y al margen de un juicio justo? ¿La libertad de opinión permite anticipar juicios de culpabilidad? ¿La publicación de determinados tipo de información puede afectar la imparcialidad y la autoridad de jueces y jurados? ¿Puede restringirse la libertad de expresión para asegurar la realización de un juicio justo y el goce efectivo de otros derechos? ¿Están obligados los medios de comunicación a respetar ciertas mínimas normas de debido proceso al informar sobre asuntos pendientes? ¿Corresponde a la prensa realizar labores auxiliares, complementarias o coincidentes con los de la administración de justicia? ¿Es la publicidad mediática negativa una forma de penalidad no regulada? ¿Qué obstáculos de garantía pueden imponerse al objetivo de encontrar la verdad? ¿Puede la publicidad sobre hechos pasados afectar el objetivo de reinserción de un delincuente?

Como ya hemos adelantado, todas las preguntas e inquietudes planteadas pueden y deben ser analizadas jurídicamente como situaciones de conflictos entre derechos, que competirán unos con otros por su máxima vigencia operativa. En muchos casos la respuesta será evidente, pues alguna de las pretensiones alegadas no resulta protegida. En otros, una adecuada regulación permitirá la armonización de los derechos en tensión. Pero también habrá situaciones en que un derecho deberá ceder transitoriamente ante otro, atendidas las particulares circunstancias que lo rodeen y los criterios de quien tome la decisión, respetuoso siempre con el principio de proporcionalidad.

Así, la libertad de información y de expresión deberá ser enfrentada con otros derechos, entre los que están la presunción de inocencia, la imparcialidad y autoridad del poder judicial, el honor, la honra y la intimidad. Del mismo modo, todos esos derechos deberán compatibilizarse con las necesidades institucionales propias de una democracia y de un Estado social de Derecho, que serán valoradas de forma variable según los diversos momentos, culturas y condiciones

dominantes, evidenciando, al final del día, un fuerte elemento político en la determinación de estos derechos.

Un aspecto que debe ser considerado con especial atención son los espacios que dentro de este escenario se abren para la realización de prácticas de corrupción y abuso de poder, que pueden dañar no solamente los derechos de los directamente afectados sino también provocar un importante deterioro institucional. Por tanto, este trabajo puede enmarcarse dentro de los esfuerzos que se realizan desde los derechos constitucional y procesal por comprender el fenómeno de la corrupción, así como por reducir sus espacios e incentivos.

Entre las situaciones de riesgo más relevantes están las que dicen relación con la utilización de los medios de comunicación para desinformar y/o manipular a la opinión pública, y la presión que indebidamente puedan hacerse desde ellos sobre las decisiones del Poder Judicial.

En las democracias modernas, donde se ha reservado al Estado la capacidad de juzgar y sancionar de modo jurídicamente relevante y las libertades expresivas cuentan con un estatuto de garantías especialmente protegido, este tipo de situaciones plantea un serio riesgo.

Por ello, es necesario buscar y adoptar soluciones que protejan efectivamente la libertad de expresión e información y los derechos a un juez imparcial y previamente establecido, a un proceso justo, a una pena racional, única y previamente establecida, a la presunción de inocencia, a la protección de la honra y privacidad, a la rehabilitación y reinserción luego de haberse cometido el delito, y con todas ellas, el respeto y confianza que la sociedad debe tener por las actuaciones realizadas por los Tribunales legalmente establecidos.

Hemos querido extendernos especialmente sobre este último punto debido a que en muchos países existe una aguda crisis de confianza en el Poder Judicial, lo que afecta las bases mismas del Estado de Derecho y fomenta prácticas de justicia mediática, generando malestar en la sociedad y desconfianza en las instituciones. El descuido de la imagen externa del Poder Judicial no ha contribuido a salir de esta crisis, pero por lo mismo, presenta desafíos y buenas posibilidades de mejoras.

Si bien asegurar el prestigio y la *autoritas* del Poder Judicial es una necesidad social cuya realización corresponde a múltiples actores (a los jueces, a la ciudadanía, al Parlamento, al Gobierno, entre otros), la ley puede crear estructuras y adoptar medidas para propiciarla, generando, por ejemplo, algunos deberes de conducta exigibles directamente a los jueces, y otros exigibles a los abogados, a las partes, a los medios de comunicación, etc.

El objetivo final de este trabajo es ofrecer un bosquejo suficientemente completo del estado de cosas, problemáticas, riesgos y oportunidades que existen en un sentido u otro, de modo tal de contribuir a determinar dónde y cuándo es conveniente intervenir, por medio de regulaciones u otro tipo de medidas, reduciendo los espacios para acciones abusivas e indeseadas.

Las soluciones que hasta ahora nos ofrece la experiencia comparada son siempre parciales y en alguna medida insatisfactorias. Por ello, no hemos pretendido agotar

el análisis de las materias tratadas, sino sólo aportar a su desarrollo, con la certeza de que durante las próximas décadas, ellas serán objeto de numerosos estudios y revisiones críticas.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I: EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y SU IMPACTO EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

*“La seguridad de las libertades fundamentales se basa en el espíritu del pueblo,
no en el de las leyes”¹*

LOWENSTEIN

I.- El nacimiento del Estado Social de Derecho como una reacción necesaria frente a una institucionalidad jurídica insuficiente.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, se observaron a nivel mundial importantes cambios en la forma de comprender y plantear el Derecho, que han implicado consecuencias relevantes tanto de orden político, cultural y jurídico.

El eje conductor de este proceso ha sido el propósito y necesidad de dar una protección más efectiva y plena a la persona humana y su dignidad intrínseca, y a los bienes y derechos a ella asociados y considerados básicos.

Si bien este movimiento tiene numerosos antecedentes históricos², la sensibilidad europea posterior a la Segunda Guerra Mundial y el cuestionamiento realizado a un

¹ Karl LOWENSTEIN, *“Teoría de la Constitución”*, Ariel, Barcelona (1976), p. 398.

² Por ejemplo, la Constitución Americana, inicialmente concebida en forma clásica, había incorporado a su texto mediante enmiendas un catálogo de derechos (“Bill of Rights”) y señalado, desde los inicios de la unión y mediante un acto bastante radical de activismo judicial, el principio de supremacía constitucional (Marbury vs. Madison). Asimismo, los documentos de la Revolución Francesa ya recogían catálogos de derechos, que si bien no siempre tenían un contenido normativo, incorporaban a la moralidad pública los antecedentes materiales de los derechos fundamentales. Por ello, es innegable la conexión entre los derechos fundamentales y los principios morales. Lo que sí es nuevo es la conjunción de estos factores en una norma que pretende ser a la vez límite (garantía) y “una norma directiva fundamental”. Luis PRIETO SANCHÍS, *“El Constitucionalismo de los Derechos”*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 24 No. 71 (2004), p. 49 (citando a Maurizio FIORAVANTI, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, y Clara ÁLVAREZ ALONSO, *“Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones”*, Trotta, Madrid (1996), p. 127 y ss.). COMANDUCCI muestra como esta huella puede incluso rastrearse más antiguamente, poniendo como ejemplo a la idea de los “éforos” prevista en el proyecto constitucional napolitano de 1799 (Título XIII (“Custodia de la Constitución”) de la Constitución de la República Partenopea del año 1799 (...) y que constituye un claro antecedente de la idea de Tribunal Constitucional. Los “éforos” serían los guardianes de la Constitución...y debían obligar a los otros poderes a observar la Constitución, anular los actos de un poder realizados más allá de su competencia, y proponer al poder legislativo la abrogación de las leyes inconstitucionales. Paolo COMANDUCCI, *“Formas de (Neo) Constitucionalismo: un Análisis Metateórico”*, Isonomía, No. 16 (2002), pp. 94-95.

orden jurídico que respaldó jurídicamente muchos de los abusos cometidos, al menos desde una óptica formal³, aceleró y profundizó este proceso de cambios.

Por ello, no fue casual que el principal impulso proviniera desde la nueva Constitución Alemana (Ley Fundamental de Bonn de 1949)⁴, cuyas nuevas definiciones y desarrollos doctrinales y jurisprudenciales lograrían permear fuertemente en la tradición Europa, así como en otras culturas jurídicas⁵.

Se ha dicho que la Ley Fundamental de Bonn constituye “el inicio de una nueva fase del constitucionalismo en Europa”⁶, y que ha logrado dar a los derechos fundamentales una fuerza y una validez que nunca antes habían tenido, haciéndolos “resistentes frente a cualquier intento de relativización”⁷.

³ Para ALDUNATE este proceso de cambios (llamado también neoconstitucionalismo) “no describe un movimiento como programa político con unos objetivos políticos”, sino que, en primera línea, se usa para describir ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales –en sus inicios, europeos– tras la Segunda Guerra Mundial (...). Frente a este fracaso del derecho (...) resulta comprensible que la mirada se vuelva a actos de habla que devuelven la esperanza de que el derecho pueda contener a la política: reaparece, aquí, el recurso a los valores en el discurso jurídico. Pero no en todo el discurso jurídico, sino que específicamente en el discurso jurídico constitucional (...). Éste es la instauración (justamente en Alemania e Italia, dos países que, desde una brillante tradición cultural y humanista, habían derrapado a regímenes totalitarios) de órganos de jurisdicción constitucional dotados de importantes competencias, algunas de las cuales, en especial en el caso alemán, obligaban a la respectiva magistratura a imbricar el texto constitucional en el razonamiento para las resoluciones de cuestiones ya no político-constitucionales, sino que del contencioso ordinario de los tribunales (...). A muy poco andar de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional Federal Alemán afirma la función de los preceptos sobre derechos fundamentales (...); los enunciados dejan de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasan a considerarse un orden objetivo de valores”. Eduardo ALDUNATE LIZANA, *"Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo"*, Revista de Derecho (Valdivia) 23, No. 1 (2010), p. 80-81. En el mismo sentido, Massimiliano MEZZANOTTE, *"Il Diritto All'oblio. Contributo Allo Studio Della Privacy Storica"*, ed. Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Teramo, Edizioni Scientifiche Italiane (2009), p. 23.

⁴ Tomás DE DOMINGO, *"El Problema de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales"*, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. 1, No. 1 (2006), p. 298. Ver también José Juan ANZURES GURRÍA, *"La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales"*, Cuestiones Constitucionales, No. 22 (2010), p. 29.

⁵ Varias Constituciones que nacen después de la Segunda Guerra Mundial han introducido en sus textos el concepto de Estado social de Derecho, como es el caso del artículo 20. I, de la Ley Fundamental de Bonn; el artículo 2 de la Constitución de Francia de 1958; el artículo 1, inciso 1, del proyecto de Constitución de la Confederación Suiza elaborado en 1977; el artículo 79 de la Ley Suprema del Perú; y el artículo 1.1 de la Constitución Española, entre otras. José Juan ANZURES GURRÍA (2010), ob. cit., nota 4, p. 10. La misma influencia puede verse en el trabajo desarrollado por las Cortes Internacionales de Derechos Humanos de los sistemas Europeo, Interamericano y Africano.

⁶ Tomás DE DOMINGO, *"La Drittwirkung de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa al Conflictivismo"*, en Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas, ed. Tomás DE DOMINGO y Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, Granada, Comares (2011), p. 108. (citando a Maurizio FIORAVANTI, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, y Clara ÁLVAREZ ALONSO (1996), ob. cit., nota 2, pp. 127-134).

⁷ Una prueba de ello sería la cláusula de garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales hoy está presente en buena parte de las Constituciones Europeas. Tomás DE DOMINGO (2006), ob. cit., nota 4, p. 300. Sobre este punto sugiere consultar la obra de Luis

Más allá del antecedente histórico inmediato de la crisis institucional generada con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, este nuevo modelo político y jurídico constituye una crítica y una reacción frente al modelo constitucional precedente, y a su concepción del Estado como mínimo, neutro, abstencionista, rigurosamente formalista, y por tanto, descomprometido de los “estados de cosas” que la dinámica social así organizada podía producir⁸.

El modelo propiciado, muchas veces llamado Estado social de Derecho, en oposición a Estado de Derecho o Estado liberal, ha demandado del Estado, y en especial de los Tribunales de Justicia, una labor más activa y comprometida con la idea del disfrute universal y efectivo de los derechos fundamentales garantizados jurídicamente⁹.

Bajo este esquema, la Constitución pasará a ser un instrumento jurídico real y de dimensiones operativas concretas, y estableciendo obligaciones y derechos para todos y encomendando su realización al Estado. De esta forma, se abandona progresivamente la idea de que los derechos constitucionales sólo eran declaraciones formales de ideales políticos universalmente válidos¹⁰, o en el mejor de los casos, de garantías o derechos públicos subjetivos, ejercitables sólo contra el Estado.

La profundidad que alcancen los cambios planteados dependerá de los cambios culturales de los actores sociales y jurídicos, que como sabemos, será gradual, dinámica, permanente, y en muchos aspectos impredecible¹¹. Al final del día, las

MARTÍNEZ PUJALTE, *“La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (1997).

⁸ FIOVARANTI sostiene que “las Constituciones que hoy tenemos proponen un modelo político en esencia diferente al Estado de Derecho liberal del siglo pasado”. Maurizio FIORAVANTI, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, y Clara ÁLVAREZ ALONSO (1996), ob. cit., nota 2, p. 127.

⁹ Joaquín GARCÍA MORILLO, *“La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales”*, Tirant lo Blanch (1994), p. 197. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español ha sido muy claro en este punto, al señalar que el artículo 9.1, referido a los poderes públicos “se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social”. ALDUNATE señala que “la clave del neoconstitucionalismo es comprender... que las normas constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia”. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 89.

¹⁰ “Pero la eficacia y validez de los derechos humanos no quedan en modo alguno asegurados por las declaraciones, aunque los autores de las declaraciones hubieran creído lo contrario (como escribe DE ESTEBAN “estaban convencidos de que la fuerza invencible de las Constituciones garantizarían un respeto eficaz, la historia demostrará que la incontestable justicia de esos derechos no es suficiente para otorgar a estos protección práctica necesaria”. Ana POYAL COSTA, *“La Eficacia de los Derechos Humanos frente a Terceros”*, Revista de Derecho Político, No. 34 (1991), p. 189 (citando a Jorge de ESTEBAN y Luis María LÓPEZ GUERRA, *“El Régimen Constitucional Español 1”*, Editorial Labor (1980), p. 127.

¹¹ Por lo mismo, este proceso de cambio no ha sido progresivo ni unidireccional, ni tampoco ha estado exento de abusos, confusiones y retrocesos. A lo largo de todo este trabajo, intentaremos mostrar cómo aún nos encontramos en una etapa inicial, llena de figuras incompletas, transiciones, cambios y sucesivas síntesis, que presentan un panorama lleno de tensiones y situaciones sin resolver. Un espacio donde, pese a los progresos y consensos logrados, compiten por imponer su visión sobre distintos aspectos diferentes autores, modelos y tradiciones, cuyas propuestas raras veces dan una salida definitiva a los asuntos planteados. Asimismo, muchos de ellos, de carácter práctico, y han ido recibiendo ajustes y correcciones con el correr del tiempo. En estas circunstancias, es evidente que queda mucho camino por andar antes de consolidar un

normas de la Constitución y la extensión que a ellas se den, serán un reflejo de los valores y principios más valiosos de la sociedad en que deban aplicarse.

Dentro de los cambios culturales observados a nivel global y que han ido de la mano de este proceso, está la masificación del lenguaje y la técnica de los derechos humanos, su valoración y aceptación a nivel global, la sacralización de la Constitución, tanto en el plano jurídico como político, el reconocimiento a la dignidad humana y a los derechos por medio de los cuales esta se protege como el eje del derecho y objeto digno de protección efectiva por sí mismo¹².

La exaltación de la dignidad personal y la autonomía implican por sí mismas un importante cambio en la concepción del derecho, la sociedad, las relaciones sociales y la idea del Estado. Será el individuo, liberado de cualquier condición o conducta, y al margen de las necesidades “superiores” de cualquier colectivo (Estado, nación, estructuras económicas y necesidades del mercado, etc.), el titular de los derechos¹³, constituyendo un fuerte cambio a los cimientos de la tradición jurídica¹⁴.

En la misma línea, el modelo planteado supone una preferencia explícita por la efectiva protección de los derechos, sacrificando la simplicidad del sistema

cuerpo de criterios uniformes y masivamente utilizables para administrar los derechos constitucionales en forma homogénea, satisfactoria, estable y consensuada.

¹² La Ley Fundamental de Bonn “sitúa el respeto a la dignidad humana y a sus derechos fundamentales como el pilar axiológico sobre el que descansa todo el ordenamiento jurídico”. Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 108. Así lo refleja la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su Preámbulo señala que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación” (...) “para ello es necesario, dándoles mayor proyección mediante una carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales al tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos” (citado por Tomás De DOMINGO y Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *“La Interpretación de la Garantía del Contenido Esencial y la Estructura de los Derechos Fundamentales”*, en Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas, Comares, Granada (2011), p. 50). De DOMINGO continúa señalando que “es mediante la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en nuestra sociedad como se logrará que los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad. Por estas razones, considero que es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que a su vez exige respetar sus derechos fundamentales, el verdadero pilar axiológico sobre el que se sostiene el marco de convivencia que refleja la constitución”. Tomás De DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 127.

¹³ Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 3, pp. 11 y 26.

¹⁴ Desde el punto de vista de los antecedentes inmediatos, ello es especialmente relevante, ya que Alemania, España e Italia, por ejemplo, habían abrazado doctrinas que privilegiaban a la colectividad y a los valores de grupo por sobre los valores individuales, concibiendo un Estado que podía requerir de sus ciudadanos enormes sacrificios en pos del bienestar superior colectivo (incluyendo el sacrificio de la vida). Ahora el énfasis estará puesto en el servicio que el Estado debe prestar al desarrollo de las personas y al respeto de su cuasi sagrada dignidad como núcleo de cualquier desarrollo jurídico. Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 3, p. 23. ADENAUER, en sus memorias (Rialp, Madrid 1965) citadas por DE DOMINGO, dice que este proceso terminó una suerte de idolatría que había con la idea de Estado). Tomás DE DOMINGO (2006), ob. cit., nota 4, p. 299.

normativo y la certeza y seguridad jurídica, objetivos centrales del derecho previamente imperante.

En este trabajo englobaremos a todos los movimientos y escuelas que han participado en este proceso bajo el nombre de “neoconstitucionalismo¹⁵”, “constitucionalismo de los derechos”, “constitucionalización del derecho” o simplemente “constitucionalismo contemporáneo”, y desarrollaremos algunos de sus aspectos fundamentales, con el convencimiento de que ello es indispensable para comprender y resolver la problemática planteada.

II.- Rasgos característicos de los sistemas jurídicos constitucionalizados que más impactan en la administración de justicia.

Como hemos ya esbozado, la necesidad de adoptar visiones del Estado, de la justicia y del derecho que permitieran hacer más real y efectiva la promoción, defensa y protección de la dignidad humana y de los derechos esenciales del hombre frente al “posible arbitrio de los poderes constituidos”¹⁶ constituye el objetivo central de los modelos jurídicos constitucionalizados.

Para ello, se ha entregado un mandato al Estado de asegurar su protección efectiva por la vía de una serie de derechos e instituciones que se irán creando en servicio de ellos¹⁷.

Este mandato implica que todo el accionar del Estado y sus órganos, así como todo el ordenamiento jurídico debe girar en torno a este objetivo, obligándolo a ejercer un rol más comprometido y activo para “nivelar” las diferencias y distorsiones, que en la práctica, habían dificultado el ejercicio real y efectivo de estos derechos básicos, más allá de su consagración legal igualitaria.

¹⁵ La expresión habría sido utilizada por primera vez por POZZOLO (Susanna POZZOLO, *"Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional"*, Doxa No. 21, Vol. 2 (1998), según refiere Carlos BERNAL PULIDO, *"Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo"*, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid (2007), p. 301. Se trata entonces de un concepto reciente, que puede referirse tanto a ciertos modelos constitucionales difuminados en Europa desde la segunda mitad del siglo pasado, como a ciertas doctrinas o ideas sobre el derecho o a un método de apreciación.

¹⁶ Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 3, p. 20. De acuerdo con PRIETO SANCHÍS, “Todos los totalitarismos comportan una visión optimista del poder; “por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere quien lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en despotismo”. Luis PRIETO SANCHÍS, *"Principia Iuris: una Teoría Del Derecho No (Neo) Constitucionalista para el Estado Constitucional"*, Doxa, No. 31 (2008), p. 332. Se refiere en esto a Luigi FERRAJOLI y Norberto BOBBIO, *"Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal"*, Trotta, Madrid (1995), p. 885.

¹⁷ Además de su inclusión en textos positivos, generalmente de rango legal o constitucional, o supranacional la protección práctica de los derechos fundamentales se ha buscado por la vía de instrumentos procesales, instituciones públicas y acciones estatales nacionales e internacionales, que aseguran o facilitan significativamente la protección efectiva de los mismos. En el plano operativo, muchas veces la consagración de los derechos en el texto legal ni siquiera será, por sí misma, el principal elemento de protección.

En este sentido, “promoción efectiva” debe entenderse muchas veces como un mandato de “acción” y de “garantía”¹⁸, en oposición con la tradición que concebía al Estado como un potencial enemigo de los derechos individuales y de la autonomía personal, y que ponía a las libertades negativas, y especialmente al derecho de propiedad en el centro de los mecanismos jurídicos de protección¹⁹.

Otra característica común de estos los nuevos modelos es la comprensión de la Constitución como la norma superior del ordenamiento jurídico, en un sentido rector y operativo²⁰. Ello implica que sus disposiciones son derecho efectivo, muchas veces aplicables directamente (es decir, sin intermediación de una ley que los desarrolle y regule), que contempla normas que son vinculantes tanto para el Estado como para cualquier particular²¹, y que irradiará y comprometerá a todo el ordenamiento jurídico (que deberá aplicarse y generarse de acuerdo a sus mandatos, valores y prohibiciones²²).

¹⁸ Para FERRAJOLI, el paradigma del garantismo y el de los modelos constitucionales vigentes son idénticos, llamándolo “estado constitucional de derecho”. Luigi FERRAJOLI, “*Garantías*”, Revista Jueces para la Democracia, No. 38 (2000), p. 40.

¹⁹ Para COMANDUCCI, la ideología constitucionalista “pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX – mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo”. Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, pp. 99-100.

Sin embargo, si ponemos como punto central el derecho de todos a elegir, efectivamente, entre distintas opciones, la acción del Estado se vuelve fundamental. Así, dejamos de oscilar entre las exigencias de la libertad negativa y positiva, entre el socialismo controlador y modelos liberales, dando paso a una “libertad asistida”. Cada vez será menos extraño ver en estas normas elementos de carácter social, orientativo y aspiracional. Un claro ejemplo de ello lo vemos en el art 3.2 de la Constitución Italiana, que señala que la República “debe remover los obstáculos “de orden económico y social” que de hecho limitan la libertad, la igualdad y los derechos políticos de participación de todos los ciudadanos” (FIORAVANTI, NEIRA, y ALONSO (1996), ob. cit., nota 2, p. 128). Lo mismo en el art 9.2 de la CE, tomado de la anterior. Ver STC 18/1984, FJ 6; STC 177/1998, FJ 4; STC 14/1993, FJ 2; y STC 6/1995, FJ 2.

²⁰ Luis PRIETO SANCHÍS (2004), ob. cit., nota 2, p. 49 (citando a FIORAVANTI, NEIRA, y ALONSO (1996), ob. cit., nota 2, p. 127 y ss.).

²¹ Este punto también representa una importante novedad frente al pasado. Maurizio FIORAVANTI, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, y Clara ÁLVAREZ ALONSO, ob. cit., nota 2, p. 128.

²² ALDUNATE sostiene que “en contraste con lo que habría sido el modelo anterior a la segunda Guerra mundial, se sostiene que las constituciones posteriores ella se caracterizarían por ser constituciones que sustraen el procedimiento de reforma constitucional de manos del legislador ordinario y establecen procedimientos especiales y agravados para la reforma; pero no solamente eso, sino que, adicionalmente, ponen a la mayor parte de la producción normativa bajo tutela de la jurisdicción constitucional. Adicionalmente, se sostiene, las constituciones habrían incrementado su contenido normativo y, más precisamente, los contenidos normativos idóneos para determinar el examen material del ejercicio de las competencias públicas (y, bajo el postulado del efecto horizontal de los derechos fundamentales, también del ejercicio de las libertades individuales). Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob.cit., nota 3, p. 86.

Lograr el objetivo de hacer llegar el denso contenido material de los enunciados constitucionales, supone, a su vez, entregar a los órganos jurisdiccionales un rol preponderante, donde todo juez debe interpretar y aplicar toda regla en armonía con los preceptos establecidos en la Carta Fundamental²³.

Adicionalmente, con el objetivo de dotar a los textos constitucionales de mayor estabilidad y autoridad, se han establecido procedimientos complejos y quórum altos para su modificación, dando cierta protección a su contenido frente a los vaivenes electorales y a los cíclicos cambios de mayorías políticas²⁴.

Para garantizar lo anterior, se ha encargado su control a una jurisdicción especial, de alcances políticos relevantes, y que ha ido adquiriendo con el tiempo un creciente poder y protagonismo en la vida jurídica, social, económica y cultural: el Tribunal Constitucional²⁵.

De lo ya expresado, y a modo de síntesis transitoria, podemos destacar algunos elementos o rasgos distintivos de un sistema jurídico constitucionalizado.

En primer lugar, el constitucionalismo contemporáneo es una ideología jurídica²⁶, estrechamente vinculada a la lógica de los derechos humanos, y en particular, a los

Para FERRAJOLI “un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma –garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad– a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos”. Luigi FERRAJOLI, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, Revista Internacional de Filosofía Política, No. 17 (2001), pp. 34-35.

En un sentido similar, Luis PRIETO SANCHÍS, *El Constitucionalismo de los Derechos*, en Teoría del Neoconstitucionalismo, Ensayos Escogidos, ed. de Miguel CARBONELL, Trotta, Madrid (2007), p. 213.

²³ ALDUNATE señala que “la clave del neoconstitucionalismo es comprender que no corresponde a un desarrollo necesario a partir de la evolución del constitucionalismo de postguerra, sino que a ciertas opciones asumidas por ciertos agentes institucionales e intelectuales. La aplicación directa de las normas constitucionales dependería, según GUASTINI, de la difusión, en el seno de la cultura jurídica, de cierta concepción de la constitución, y de la actitud de los jueces, derivada de la misma, y consistiría en que las normas constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia”. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 89.

²⁴ La sentencia 1146/1988 de la Corte Constitucional Italiana es un ejemplo interesante en este sentido, al señalar, como un contenido implícito de la propia Constitución, que la reforma de la misma no puede tocar los principios supremos de la constitución ni los derechos inviolables del hombre. Con ello, entre otras cosas, se distingue entre “reforma” y “cambio” de la constitución, presumiendo, al mismo tiempo, una unidad de la Constitución en torno a ciertos principios y valores (citado por Riccardo GUASTINI, *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid (2010), p.101.

²⁵ Si bien este era bien conocido desde tiempos de KELSEN, su competencia y ámbitos de ejercicio son en la actualidad completamente diversos.

²⁶ Según Tomás DE DOMINGO, también es una teoría de lo justo o una “teoría de la justicia”. Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional: Teoría General e Implicancias Prácticas*, Capítulo I: La Teoría de la Justicia del

derechos humanos positivados o “derechos fundamentales”²⁷, y que goza en el presente de una amplia aceptación.

En segundo lugar, la consagración de estos derechos en el ordenamiento jurídico se realiza principalmente, aunque no únicamente, en el propio texto constitucional, que pasa a tener un peso jurídico decisivo al interior del ordenamiento jurídico y mayor al históricamente conocido²⁸.

Lo anterior se ha logrado mediante la incorporación al ordenamiento jurídico de normas abiertas, vinculadas al discurso moral, y susceptibles de diversos tipos de interpretación, que a mayor abundamiento, habitualmente requieren ser concretadas, interpretadas y completadas para aplicarse a casos concretos. Estas normas, gozan además de la mayor jerarquía disponible, por lo que potencialmente pueden generar algunas dificultades operativas y jurídicas (colisiones, confusiones, dificultades de interpretación, etc.).

En tercer lugar, la incorporación a la norma fundamental de una estructura de derechos que irradia a todo el ordenamiento infra constitucional implica establecer importantes restricciones al legislador, quien hasta la fecha había gozado de grandes libertades normativas, derivadas de la legitimidad que le daba su carácter de representante del pueblo soberano²⁹.

Este cambio implica, a su vez, concebir la democracia y a la creación de normas como acciones limitadas y legitimadas por el respeto a la constitución, antes que

Neoconstitucionalismo: los Derechos Fundamentales como Núcleo del Bien Común, Comares, Madrid (2011), p. 5.

²⁷ De acuerdo a POYAL COSTA, “se destaca la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar derechos positivados a nivel interno en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo”. Más adelante reitera: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reformada”. Así, lo común de las declaraciones de derechos es el carácter natural o humano de ciertos derechos. Ana POYAL COSTA (1991), ob. cit., nota 10, pp. 192-193.

Hay también maneras muy diversas de entender y plantear los derechos fundamentales. Por ejemplo, Carl SCHMIDT señala que ellos son una expresión de una decisión colectiva del pueblo sobre el modo de su existencia, siendo algo así como el suelo de la Constitución (citado por Ana POYAL COSTA, ob. cit., p. 196).

²⁸ Por ello, los nuevos problemas y asuntos que plantean impactan generalmente sobre esta disciplina, que por lo mismo se ha visto forzada a cambiar significativamente sus ejes y tópicos de relevancia. Muy especialmente, ha debido compatibilizar el estudio de la consagración y garantía de los derechos, propia del neoconstitucionalismo, con la organización general del Estado y la forma procedimental de generar el derecho. Es decir, ha debido integrar el derecho constitucional tradicional y el derecho constitucional de los derechos.

²⁹ La doctrina decimonónica, que concebía al parlamento como el representante del poder soberano y absoluto del pueblo, sometido, en el proceso de creación del derecho, sólo a reglas procedimentales.

como la expresión libre de las mayorías emanada de una voluntad soberana expresada por medio del sufragio. Es decir, para que una norma jurídica sea válida y legítima, ya no basta sólo con su ajuste a un modelo formal de generación (modelo kelseniano³⁰), sino que debe armonizar su contenido (fondo) como su génesis (forma y requisitos) a un poder superior: la Constitución. Esta, a su vez, se encontrará condicionada por la interpretación que se haga de ella³¹, dando a los intérpretes constitucionales establecidos institucionalmente un creciente poder (principalmente el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, ambos dentro del marco permitido por la propia carta fundamental)³².

De esta manera, la Constitución se convierte en un “actor político”, de carácter estabilizador y garantista, de cara a facilitar el desarrollo institucional e individual en el largo plazo. Lo anterior puede entenderse como un límite al poder discrecional y transitorio de las mayorías y del Parlamento, pero no justifica asignar a la Constitución un carácter contra-mayoritario. De hecho, su contenido generalmente será reflejo del sentir y de los valores fundamentales de la sociedad en que deba regir.

³⁰ Hans KELSEN, *"Teoría Pura del Derecho"*, trad. de la segunda edición en alemán (1969), por Roberto J. VERNENGO, UNAM, México (1986), p. 203 y ss. En opinión de SCHNEIDER, las leyes tienen valor por cuanto se fundan en los derechos fundamentales, en cambio el modelo anterior la situación era a la inversa. Hans-Peter SCHNEIDER, *"Democracia y Constitución"*, Centro de Estudios Constitucionales (1991), p. 79.

³¹ Maurizio FIORAVANTI, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, y Clara ÁLVAREZ ALOINSO (1996), ob. cit., nota 2, p. 129.

El juicio sobre la validez de las normas se ha convertido en un juicio sustantivo que toma como parámetros normas constitucionales que encarnan al propio tiempo normas de moralidad. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 330.

Citando a FERRAJOLI, PRIETO SANCHÍS señala que precisamente lo que caracteriza a las modernas democracias constitucionales es el sometimiento del Derecho al Derecho “no sólo en cuanto a la forma de producción, sino también en cuanto a los contenidos producidos”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 327-328. Por ello, “para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustantivas sobre la producción”. Luigi FERRAJOLI, *"Sobre la Definición de Democracia. Una Discusión con Michelangelo Bovero"*, Isonomía, No. 19 (2003), p. 230.

En otras palabras ello significa que son las normas sustantivas, en particular los derechos fundamentales, las que están en la base del constitucionalismo jurídico. Así, este modelo ofrece la tentación de “impugnar una tesis central del positivismo, aquella que sostiene la separación conceptual entre el Derecho y la moral. El sistema jurídico genera legitimidad, fundamenta un autónomo deber de obediencia (a un Derecho que se supone que ya es justo, claro está) y reclama de los operadores jurídicos y en general de los juristas una actitud comprometida o militante con un Derecho positivo al fin preñado de moralidad”. Luis PRIETO SANCHÍS, (2008), ob. cit., nota 16, p. 331. Este autor intentó una aproximación crítica a esta derivación del constitucionalismo contemporáneo en 1997, en su obra *"Constitucionalismo y Positivismo"*, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, No. 60 (1997), p. 49 y ss.

³² Para ALDUNATE, los derechos fundamentales “se mantienen en el universo de las categorías deónticas, no lo es menos que, desde la perspectiva de la función que cumplen los textos normativos en el sistema de fuentes, se presencia aquí una revolución copernicana, si es que la figura es aplicable a la cultura jurídica: los textos normativos no serán más considerados como un llamado al juez a disciplinar su proceso argumental en la construcción de reglas, sino que como definiciones de lo valioso, que, una vez asumidas como tales, dejan en libertad de acción al juzgador”. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, pp. 80-81.

Finalmente, creemos importante enfatizar que estos cambios están vinculados genuinamente con un anhelo profundo de consagrar, proteger, garantizar y promover los derechos fundamentales en la forma más eficaz y plena posible, dificultando su cuestionamiento, y encargando al Estado el desempeño de un rol mucho más activo en relación con su materialización, a sabiendas que esta flexibilidad operativa se obtiene pagando un precio alto: mayores niveles de inseguridad jurídica y mayor discrecionalidad judicial.

En un esfuerzo similar, aunque con distintos propósitos, BERNAL PULIDO³³ propone una síntesis del neoconstitucionalismo de la siguiente manera³⁴:

1.- La Constitución tiene un fuerte contenido material, por lo que limita al legislador no solo procedimentalmente, sino que indicándole lo que no puede hacer y a veces lo que debe hacer.

2.- La Constitución es garantizada y su protección se encomienda a los jueces³⁵.

3.- La Constitución es omnipresente: prácticamente todo problema jurídico serio o relevante puede leerse en clave constitucional. Por ello, los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico. “No hay espacios exentos para el legislador, porque todos los espacios aparecen regulados”³⁶.

4.- La regulación de los derechos en la Constitución se realiza mediante enunciados genéricos, abiertos y parcialmente vagos en su especificidad (principios), sin establecerse *a priori* sus posibles colisiones ni sus criterios de solución. Estos enunciados (principios) tampoco fijan “el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado”, por lo que puede decirse que la Constitución habla “con muchas voces”, ofreciendo razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias (lo que vale tanto para el legislador como para el juez o cualquier otro intérprete).

5.- La Constitución, o al menos las normas construidas como principios, se aplican mediante criterios de ponderación, siendo poco aptas para ellas las técnicas tradicionales propias de las reglas jurídicas. “La ponderación es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto³⁷. Para poder aplicar un principio a un caso específico, debe seguirse previamente este proceder.

6.- De acuerdo con este modelo, no puede fijarse una línea clara o “geográfica” demarcatoria entre lo constitucional y lo legal, al menos frente a un caso que involucra derechos fundamentales. Las divisiones no son de materias, sino de círculos de competencias.

³³ BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 289 y ss.

³⁴ Ibid., pp. 290-291 (haciendo referencia a PRIETO SANCHÍS).

³⁵ Aunque BERNAL PULIDO no lo cita, PRIETO SANCHÍS dice que esto ocurre así al menos en España y en la mayoría de los países de Europa.

³⁶ BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 290-291.

³⁷ Ibid., p. 290.

En modo similar, GUAISTINI³⁸ señala algunos criterios que permiten identificar si una Constitución o una cultura jurídica se encuentra constitucionalizada (asumiendo, de esta forma, que ésta admite diversos grados e intensidades, y que puede darse como un proceso paulatino, con avances y retrocesos)³⁹:

1.- Procedimientos agravados de reforma o modificación. Con ello, se limita el poder de las mayorías parlamentarias, asegurando a su vez que la estabilidad de su contenido es mayor.

2.- Supremacía de las normas constitucionales, y junto con ello, permeabilidad de las mismas hacia todo el resto del ordenamiento (carácter normativo de la Constitución y de los derechos por ella establecidos, y efecto de irradiación de los mismos).

3.- Mecanismos de control de la supremacía constitucional, y por tanto, de los derechos fundamentales. A su vez, estos procedimientos son establecidos muchas veces en el mismo texto constitucional, que los ha dotado en la práctica de casi todos los países Europeos, de una importante y efectiva capacidad operativa.

4.- Consagración de los derechos fundamentales mediante fórmulas sustantivas suficientemente abiertas y genéricas, pero capaces de soportar una importante flexibilidad interpretativa. Ello permite al intérprete un alto grado de ductilidad en su manejo y aplicación, facilitando al mismo tiempo abarcar todas las situaciones jurídicas. Este punto ha generado fuertes polémicas y acusaciones de facilitar la inseguridad, la discrecionalidad y la práctica del activismo judicial⁴⁰. Dada la importancia y extensión del tema, lo desarrollaremos en otro apartado.

5.- Autoejecutabilidad o aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales, o de muchos de ellos. Es decir, pueden ser utilizados para resolver una controversia o regular una situación sin necesidad de que previamente exista un desarrollo normativo de los mismos (legislativo o regulatorio). Este también ha sido uno de los puntos que más ha sido criticado, y que a nuestro juicio conviene morigerar, como más adelante veremos.

6.- Utilización política de los principios y mandatos constitucionales. Es decir, ellos se utilizan no solo para resolver conflictos jurídicos, sino también como argumentos en disputas políticas de diverso tipo.

³⁸ Riccardo GUAISTINI, *"La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano"*, en Miguel CARBONELL (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid (2003), p. 49-73 (Las citas no son literales).

³⁹ El orden de los elementos enumerados a continuación no implica el establecimiento de una jerarquía.

⁴⁰ Por ejemplo, GARCÍA AMADO ha sostenido que "el gran hallazgo del neoconstitucionalismo es su insistencia en el valor dirimente de lo que "dicen" aquellos enunciados constitucionales que contienen formulaciones de valores, principios, derechos y directrices". Juan Antonio GARCÍA AMADO, *"Derechos y Pretextos, Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo"*, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos*, Trotta, Madrid (2007), p. 238.

7.- Interpretación de la ley conforme a los mandatos constitucionales, como una consecuencia natural y obvia de las características ya descritas⁴¹.

ALDUNATE agrega que, en general, el neoconstitucionalismo supone la adscripción a ciertas opciones doctrinales, entre las que menciona la reivindicación de la relación entre el derecho y la moral (y la comprensión de los derechos fundamentales como valores), la recepción de la idea de derechos fundamentales con eficacia horizontal (afectando a particulares) y la defensa del método de la ponderación para la solución de conflictos entre derechos o principios constitucionales⁴². Asimismo, al igual que otros autores, realiza una interesante conceptualización de sus principales características, pero por ser similares en sus elementos centrales a las ya mencionadas, nos limitaremos a ellas⁴³.

Concluiremos esta breve reseña de los cambios observados en los sistemas jurídicos durante el último medio siglo señalando algo que ya el lector habrá deducido por sí mismo: todo lo señalado hubiese parecido inconcebibles para cualquier jurista del siglo XIX⁴⁴.

⁴¹ Una prueba de este cambio de criterios asociado al “constitucionalismo de los derechos” lo da PRIETO SANCHÍS, al señalar que “la obligación de interpretar y aplicar todas las normas jurídicas a la luz de los derechos hoy parece obvio, pero en los años 70 se encontraba en pleno debate, incluso dentro del TC”. Luis PRIETO SANCHÍS (2007), *ob. cit.*, nota 22, p. 216.

Para COMANDUCCI, “el modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Paolo COMANDUCCI (2002), *ob. cit.*, nota 2, p. 97.

⁴² Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), *ob. cit.*, nota 3, pp. 84-85.

⁴³ ALDUNATE señala las siguientes como las notas fundamentales del constitucionalismo: a) cambio del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho (paso al constitucionalismo rígido), entendido éste como un estado de constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias (o bien: Constitución rígida y su garantía jurisdiccional); b) Constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo; c) constituciones con fuerza normativa vinculante y de aplicación directa en el sistema de fuentes, con el consiguiente resultado de irradiación de la constitución hacia las demás fuentes y de “constitucionalización del derecho”; d) consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores” en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional; e) introducción del “método” de ponderación para la solución de conflictos entre derechos fundamentales o entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales; f) específicamente en el ámbito europeo, el proceso hacia una mayor complejidad del sistema de fuentes y la relativización del rol de la constitución y el proceso político nacional frente al derecho europeo y el proceso de integración europea (como ya se ha señalado, este rasgo presenta características propias que ameritan su separación del grupo bajo estudio). *Ibid.*, p. 83-84.

⁴⁴ Un ejemplo aún más agudo de estas diferencias son los llamados derechos de segunda o tercera generación, o derechos sociales y económicos, antes apenas mencionados. Sin embargo, también es cierto que cuando se adopta un modelo democrático donde la totalidad de la soberanía queda entregado a los representantes del pueblo, sin ningún tipo de contención o limitación a su actuar (como lo sugería, por ejemplo, Rousseau), ni siquiera podría hablarse de “constitución” como norma suprema y constitutiva. Maurizio FIORAVANTI, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, y Clara ÁLVAREZ ALONSO (1996), *ob. cit.*, nota 2, p. 129.

1.- El punto de partida: La Constitución como norma jurídica⁴⁵

Como hemos señalado, uno de los aspectos más relevantes del constitucionalismo contemporáneo tiene que ver con los cambios introducidos en la estructura de fuentes del derecho y con el valor que en esta se da a la Constitución y a sus enunciados.

Este cambio, como puede advertirse, es de significativas proporciones. Y las consecuencias en el ideario de vida política y en las instituciones encargadas de su realización, también lo son, generando una serie de tensiones con el modelo anterior que analizaremos en las páginas que siguen.

Comprender a la Constitución como una norma jurídica, supone que sus mandatos, orientaciones y prohibiciones serán vinculantes para todos los órganos del Estado, incluyendo el poder judicial y legislativo, y que sus disposiciones deberán imponerse sobre toda norma, dando fundamento y legitimidad a todo el ordenamiento jurídico derecho y a todos y cada uno de los actos y políticas públicas, tanto en su aspecto formal como material⁴⁶.

Para ALDUNATE, “la idea de fuerza vinculante de la constitución se entiende como opuesta a una noción de constitución como manifiesto político cuya concreción e inclusión en el ordenamiento jurídico queda entregada a las demás fuentes del derecho”. En otras palabras, “la fuerza vinculante de la constitución implica que el texto constitucional es considerado, en el mismo plano que las demás fuentes escritas, como base para la construcción normativa, sin que las respectivas partes del texto constitucional puedan ser ocluidas, en su función normativa, por el alegato de necesidad de complemento de la ley o de otro acto creador de textos normativos. De allí que pueda identificarse la noción de fuerza vinculante de la constitución con la de su aplicación directa (sin necesidad de intermediación)”⁴⁷.

Y dado que los enunciados constitucionales no son concebidos como reglas claras y completas, sino como principios generales abiertos y del todo insuficientes para resolver por sí mismos un caso concreto, se requerirá de una técnica especial de interpretación, diferente a la tradicionalmente utilizada en el derecho privado, y en muchos casos, de un órgano especializado. Si “la naturaleza jurídica de la

⁴⁵ GUASTINI define Constitución como un “conjunto de normas que regulan la organización de los poderes públicos así como las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Pero este contenido generalmente se ve acompañado, en las Constituciones modernas, de otras normas, sobre todo dirigidas a determinar el contenido de la legislación futura. Riccardo GUASTINI (2010), ob, cit., nota 24, p. 38. Por ello se podría decir que es su contenido y no su ubicación en un texto las que las vuelve Constitución.

⁴⁶ Que la Constitución limita el poder del parlamento es una verdad evidente, siempre que se tome en serio la fuerza normativa de la Constitución. Las limitaciones pueden ser procedimentales (como lo proponía KELSEN) o materiales. La Garantía puede ser política (el senado o el jefe de Estado, por ejemplo) o judicial, y esta última, general o especializada (Tribunal Constitucional). En Europa se ha dado en general el contenido más fuerte a la Constitución: plena fuerza normativa, denso contenido material y Garantía judicial atribuida tanto al Tribunal Constitucional como a la jurisdicción ordinaria. Luis PRIETO SANCHÍS, “*Réplica a Juan Antonio García Amado*”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos*, Trotta, Madrid (2007), p. 281.

⁴⁷ Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 88.

Constitución es un hallazgo reciente”, también lo será “la necesidad de su interpretación”⁴⁸.

A continuación profundizaremos un poco más en las consecuencias de la definición de los mandatos constitucionales como eje del sistema jurídico, o lo que es lo mismo, de las consecuencias y alcances de la constitucionalización del derecho.

2.- La existencia de una dimensión objetiva e institucional de los derechos fundamentales, que complementa su vertiente originaria de garantía individual⁴⁹

La principal diferencia entre las Constituciones formalistas y las materiales, utilizando dos polos o modelos explicativos ya mencionados⁵⁰, es que las segundas no se contentan con señalar a los principales órganos del Estado y sus competencias (quién y qué), sino que además imponen a los mismos márgenes de conducta y objetivos expresamente deseados, a los que deberán someter su actuar (es decir, le agrega el “cómo”)⁵¹. En general, este contenido se presenta por la vía de la incorporación en estos textos de catálogos de derechos fundamentales, que

⁴⁸ La Constitución es “fuente de derechos y obligaciones susceptibles de generar controversias que han de ser dirimidas por un órgano jurisdiccional. Como es obvio, si la Constitución siguiera siendo un documento político en manos del legislador y carente de garantía jurisdiccional difícilmente podría hablarse de problemas hermenéuticos”. Luis PRIETO SANCHÍS, *"Notas Sobre la Interpretación Constitucional"*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 9 (1991), pp. 175-176. Dada la importancia de este punto, lo desarrollaremos en un apartado especial (capítulo II).

⁴⁹ Luis M. CRUZ, *"La Constitución como Orden de Valores: Problemas Jurídicos y Políticos: un Estudio sobre los Orígenes del Neoconstitucionalismo"*, Comares (2005); Luis M. CRUZ, *"La Constitución como Orden de Valores. Reflexiones en Torno al Neoconstitucionalismo"*, Dikaion, Año 23, No. 18 (2009).

⁵⁰ Todas las Constituciones se aproximan a uno u otro modelo e incluso podríamos designarlas con un nombre: Constituciones KELSEN y Constituciones FERRAJOLI. Y ello expresamente ante el temor de que los jueces se convirtiesen en los auténticos señores de la Constitución. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 327.

⁵¹ “Este es el núcleo del paradigma del constitucionalismo moderno: la regulación no sólo del quién y del cómo se manda, sino también de qué puede o debe mandarse; no sólo normas de competencia y procedimiento, condicionantes de la vigencia de la ley, sino también normas sustantivas condicionantes de su validez. Si la regulación de las formas caracteriza al positivismo jurídico y al Estado de Derecho en sentido débil, “la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza en cambio al constitucionalismo y al Estado de derecho en sentido fuerte, que exigen que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 327 (haciendo referencia a Luigi FERRAJOLI, *"Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia"*, trad. Alfonso Ruiz Miguel et al., Trotta, Madrid (2011), párrafo 9.17, Vol. I, p. 567).

Por eso, en el marco del Estado constitucional de Derecho “no existen poderes soberanos o *legibus soluti*”, pues el ejercicio de todos ellos viene sometido a requisitos formales acerca del *quién* y del *cómo* se manda y, sobre todo, a requisitos materiales o sustantivos acerca de qué puede o debe mandarse (Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 328 (nuevamente referido a Luigi FERRAJOLI, (2011), p. 854).

reflejan principios, valores y bienes cuya protección se ordena, y que conforman un ideal de vida social, al que todas las autoridades deberán servir⁵².

De esta manera, la Constitución presenta a los órganos del Estado un “contenido sustancial” que condiciona, regula, limita, y al mismo tiempo legitima, todos y cada uno de los actos del Estado.

Podría decirse, en suma, que “(...) los derechos fundamentales, además de derechos subjetivos frente a un poder público, constituyen un sistema de valores y principios jurídicos que informa todo el ordenamiento, lo que les presta un contenido o dimensión objetiva, que se despliega para reforzar la eficacia obligatoria de aquel contenido subjetivo”⁵³.

Esta es una de las principales características de las constituciones contemporáneas⁵⁴, lo que constituye una diferencia significativa respecto del modelo anterior⁵⁵.

⁵² Muchos de los enunciados donde estos valores sustantivos han sido vistos, corresponden a derechos fundamentales. Por ello, se ha dicho que además de tener una clara vertiente subjetiva – el derecho fundamental individual propiamente tal– también tienen una faz o dimensión material, objetiva o de interés colectivo.

⁵³ Francisco J. BASTIDA et al., *“Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”*, Tecnos, (2004), p. 182.

⁵⁴ Más concretamente, la Constitución Española (que ha recibido el influjo de la Constitución Alemana) señala a la dignidad humana y a los derechos fundamentales que la garantizan representan los valores más preciados de la comunidad, por lo que constituyen el núcleo de toda actividad jurídica (legislativa, judicial) y de toda actuación del Estado. De esta manera, junto con ofrecer derechos subjetivos y de protección para los particulares, reflejan el “núcleo del bien común”, debiéndose buscar que tengan vigencia operativa real.

⁵⁵ Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 340. De alguna manera, los valores y principios positivados en la Constitución cumplen una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede el paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.

Los derechos fundamentales son la piedra angular de la Constitución y por tanto del derecho. Pero son un bien tanto para el individuo como para la colectividad (rol institucional). Al respecto, ver Tomás De DOMINGO (2010), ob. cit., nota 26. Los derechos fundamentales son al mismo tiempo bien para su titular y núcleo del bien común. Para ALEXY “se requiere un concepto de bien colectivo (que entiende como no distributivo y su existencia se encuentra ordenada *prima facie* que constituya una contrapartida apta de los derechos individuales”. Robert ALEXY, *“El Concepto de Validez del Derecho”*, Gedisa (1992), p. 186.

De esta forma, los derechos conceden ciertas posiciones jurídicas, y por tanto, es importante distinguir entre norma y posición (Robert ALEXY, *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), pp. 177-178, citado por Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 11). Por lo tanto, más que confundir entre bienes individuales y colectivos, podría decirse que la satisfacción y existencia de los bienes individuales es un bien colectivo (DE DOMINGO (2010), p. 12). El todo es más que la suma de las partes (con todo lo que implica, confianza, etc., un Estado Social de Derecho, que incluya bienes individuales, pero ello es diferente que la suma de los bienes individuales). No obstante, ALEXY se manifiesta en contra de esta idea. A su turno, DE DOMINGO opina que su afán de claridad le resta profundidad y le hace perder complejidad de la realidad. Lo que facilita el desarrollo de las personas es en realidad el conjunto, no los derechos. Y que haya derechos no es relacionado con sus consecuencias, sino con la dignidad de la persona, por lo tanto su solo

Por ello, las constituciones contemporáneas – a diferencia de los modelos clásicos⁵⁶ - son más ambiciosas y con un mayor peso y contenido jurídico, que alcanza a todo el ordenamiento. Se concibe a esta norma fundamental con un objetivo de “organizar la sociedad civil (y no solo a los poderes públicos) y modelar las relaciones sociales (y no solo las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos). De esta forma, la Constitución contendría un modelo detallado de “sociedad justa”, modelo dominante en la mayoría de las Constituciones vigentes especialmente después de la Segunda Guerra Mundial⁵⁷, y que representa uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización⁵⁸.

El desarrollo del concepto de esta vertiente objetiva o institucional asociada a la Constitución y a los derechos fundamentales, es de orden jurisprudencial, al menos en Alemania y España⁵⁹.

Desde muy temprano, el Tribunal Federal Constitucional Alemán señaló que “las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden objetivo de valores (...)”⁶⁰.

Asimismo, ha entendido el sentido objetivo de los derechos fundamentales “como indicaciones para intervenciones en el conjunto del ordenamiento jurídico... como decisión constitucional fundamental válida para todas las esferas del derecho”⁶¹.

reconocimiento tiene relación con el bien común aunque a veces pueden ser limitados en causa del bien común, especialmente frente a otro derecho que debe prevalecer. “La doctrina ha aceptado mayoritariamente que los derechos fundamentales pueden ser para preservar no solo otros derechos fundamentales, sino también bienes colectivos”, pero que gracias al principio de proporcionalidad, ellos no quedan relativizados. Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 13.

⁵⁶ De acuerdo a GUASTINI este puede verse reflejado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual la función de toda Constitución es la organización, distribución y limitación del poder político con el fin de proteger la libertad de los ciudadanos. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24.

⁵⁷ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 48.

⁵⁸ “La idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o de su contenido normativa, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos”. Riccardo GUASTINI (2001), ob. cit., nota 24, p. 158; PRIETO SANCHÍS aclara que las Constituciones no son “documentos políticos sin fuerza normativa” ni “una vistosa colección de principios morales y buenas intenciones destinada a la “libre interpretación” por parte de las sucesivas mayorías de gobierno”, sino que hoy “tienen una fuerza normativa indiscutible”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 338.

⁵⁹ Hans-Peter SCHNEIDER (1991), ob. cit., nota 30, p. 139.

⁶⁰ BVerfGE 39, 1 (41).

⁶¹ Klaus STERN, “*El Sistema de los Derechos Fundamentales en la República Federal de Alemania*”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales 1 (1988), p. 265-266 (citado por José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “*Los Particulares como Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales: la Doctrina del Efecto Horizontal de los Derechos*”, Revista Chilena de Derecho 25, No. 1 (1998), p. 60).

Luego, otros autores como OTWIN MASSING han destacado la finalidad política, y no jurídica, de la categorización de los derechos fundamentales como “orden de valores”, considerándolo un instrumento de cohesión de los grupos sociales (citado por Ana POYAL COSTA (1991), ob. cit., nota 10, p. 203). Jurgen SEIFERT estima que “la construcción dogmática de un sistema de valores no es más que la entrega de unas posibilidades manipulativas del TC, que puede convertirlo en “intérprete de un sistema de valores políticos” más que en guardián de la Constitución (citado por Ana POYAL COSTA, ob. cit., nota 10, p. 204).

La Constitución Española fue también desde muy temprano clara en este sentido (artículos 9.2; 17.4; 18.1; 20.3; 27), y con el correr del tiempo, ha alcanzado además un amplio respaldo jurisprudencial⁶² y doctrinario. BILBAO UBILLO, por ejemplo, señala que “los derechos fundamentales contienen principios ordenadores para la vida social, de carácter vinculante (...) tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado, por lo que ningún negocio o acto jurídico privado puede estar en contradicción con lo que se podría llamar la estructura de un determinado ordenamiento, con sus principios básicos”⁶³. Sostiene, además, que ya no es posible argumentar que los derechos fundamentales protejan sólo “esferas de libertad”, sino que ellos están asociados a determinados bienes jurídicos. “Este cambio de perspectiva tiene una indudable trascendencia por cuanto supone dejar de utilizar los derechos fundamentales como reclamo político, reconociendo su carácter intrínsecamente jurídico (y) convirtiéndolos en pilares básicos de la convivencia”⁶⁴.

2.1.- Consecuencias directas de la Constitución entendida como un “orden de valores”: el deber de protección del Estado y el efecto irradiador de las normas constitucionales a todo el ordenamiento jurídico.

Siendo la Constitución la norma vinculante de más alta jerarquía del ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esta vertiente institucional de los derechos fundamentales tendrá importantes consecuencias. Entre éstas se destacan el deber de protección del Estado, el efecto irradiador de la Constitución hacia el resto del ordenamiento jurídico, la inclusión en el sistema jurídico de elementos provenientes del discurso moral y generalmente excluidos del ámbito del derecho (lo que vuelve especialmente interpretables a los propios enunciados constitucionales sobre derechos), y la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales hacia todo tipo de actores y relaciones. Este último punto, por ser de un mayor interés y relevancia para nuestro estudio, será desarrollado en forma independiente.

⁶² La STC 25/1981, FJ 5 conecta a los derechos fundamentales con el Estado Social de Derecho y la democracia, al señalar que “(...) los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo como derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”. En un sentido similar STC 53/1985, FJ 3, 4 y la STC 333/1997, FJ 3.

⁶³ Juan María BILBAO UBILLOS, y Fernando REY MARTÍNEZ, *"El Principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Española"*, en Miguel CARBONELL (comp.), *"El Principio Constitucional de Igualdad. Lecturas de Introducción"*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F. (2003), p. 272.

⁶⁴ Tomás DE DOMINGO (2006), ob. cit., nota 4, p. 301. Esta posición central de los derechos fundamentales les dota de una vertiente objetiva o institucional, de manera que no solo son un instrumento de protección del individuo frente al Estado, sino también un “sistema de valores” objetivo que en cuanto tal aspira a regir en todos los ámbitos de la comunidad política.

2.1.1.- El deber de protección del Estado

Dado que el Estado se encuentra especialmente obligado por la Constitución, tanto en su aspecto material como formal, deberá buscar la realización de este “orden” en cada una de sus actuaciones, siendo este objetivo el fundamento de su legitimidad. Por ello, el artículo 9.2 Constitución Española ordena a los poderes públicos remover los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos sean reales.

Sin embargo, como veremos posteriormente con más detalle, las normas constitucionales no son normas cerradas ni rígidas, por lo que dejan amplios espacios para la determinación de distintas opciones y materializaciones de los mismos, así como para un desarrollo jurisprudencial más flexible y orientado a la justicia material, lo que no se encuentra exento de riesgos y polémicas⁶⁵.

Asimismo, este mandato constitucional dirigido a los órganos del Estado ha permitido crear la figura jurídica del “deber de protección”, que permite imputar a los órganos del Estado cualquier incumplimiento en la protección de los derechos, facilitando –allí donde corresponde– el cumplimiento del requisito procesal de “actuación del Estado” para la interposición de acciones ante los tribunales (España, Alemania). Como veremos, este criterio ha permitido cuestionar la actuación del Estado cuando la vulneración de los derechos constitucionalmente protegido ha tenido su origen en actuaciones de particulares, permitiendo una gran expansión de los mismos a las relaciones entre privados.

2.1.2.- El efecto irradiador de las normas constitucionales a todo el ordenamiento jurídico⁶⁶

En segundo lugar, si la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico y su cumplimiento es el principal deber de todos los órganos del Estado, el contenido material de la misma alcanzará a la totalidad del ordenamiento, fijando parámetros al legislador a la hora de dictar normas, y al juez al momento de interpretar.

Podría decirse que la Constitución “ofrece soluciones o, cuando menos, *orientaciones de sentido* en las más variadas esferas de relación jurídica, lo que en la práctica da acceso a la vinculación entre derecho privado y constitución”⁶⁷. Ello ha sido uno de los elementos centrales del proceso de “constitucionalización del derecho”, ya que “no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta, o cuando menos, orientación de sentido, en la constitución y sus derechos”⁶⁸.

⁶⁵ En efecto, la inespecificidad de los contenidos constitucionales, en especial de los asociados a los derechos fundamentales, aumentaron significativamente los espacios para la interpretación. Este punto es central y volveremos sobre el mismo más adelante.

⁶⁶ El “efecto irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) suele aludir en la doctrina alemana a la eficacia o proyección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado. GUASTINI habla de impregnación. Riccardo GUASTINI (2001), ob. cit., nota 38, p. 153 y ss.

⁶⁷ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 338.

⁶⁸ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 22, p. 216.

El Estado quedará de esta manera inexcusablemente involucrando en la realización de los derechos valores y principios constitucionales, debiendo al mismo tiempo buscar su armonía y su máxima eficacia para cada caso, sin que le quepa la posibilidad de eximirse de esta responsabilidad distinguiendo entre una esfera pública o privada⁶⁹.

A este efecto expansivo de los derechos fundamentales y de su contenido, que puede entenderse como una consecuencia natural de la vertiente objetiva, se le ha llamado “efecto de irradiación”⁷⁰.

Para muchos, constituye “el elemento realmente innovador y relevante” de la Constitución Alemana y de las constituciones dictadas bajo su influjo⁷¹.

Sin embargo, el asunto no ha estado exento de discusiones y requiere ser precisado para evitar confusiones y malos entendidos. Es importante no perder de vista que aún señalado lo anterior, los derechos fundamentales siguen siendo primordialmente derechos subjetivos, y en particular, derechos de defensa frente al Estado. Es decir, constituyen una facultad protegida para algo y frente a alguien⁷². La extensión del ámbito de vigencia de los derechos fundamentales hacia las relaciones entre privados, y de su comprensión general como un “orden objetivo de valores”, no altera el hecho de que su principal ámbito de operatividad este dado por su calidad de derechos subjetivos, y en particular, de derechos públicos subjetivos, cuyos contenidos son justiciables.

Una sociedad que respeta los derechos fundamentales en la mayor medida posible, y que instala en el centro de su organización jurídica esta concepción, ofrece un bien colectivo o público (disfrutable por todos y no distribuable), y una orientación (no una definición) sobre lo que es considerado justo y valioso en dicha sociedad (orientación que podrá ser más o menos flexible, más o menos matizable).

Pero ello no afecta el ejercicio de los derechos individuales garantizados por los cauces institucionales pertinentes, y que encuentran su fundamento en su valor intrínseco y previo a su consagración⁷³. Aunque como ya veremos, tiene un gran

⁶⁹ Una consecuencia de ello es el efecto entre privados de los derechos fundamentales, que analizaremos en las páginas que siguen.

⁷⁰ Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 111.

⁷¹ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 338.

⁷² La idea de derechos se ha conectado siempre con la idea de derechos subjetivos y por ello con las fuentes romanas. Alejandro GUZMÁN BRITO, *"Los Orígenes de la Noción de Sujeto de Derecho"*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 24 (2002); *"Historia de la Denominación del Derecho-Facultad como" Subjetivo"*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 25 (2003).

⁷³ En opinión de KELSEN, el derecho existe si se ha otorgado protección institucional, o si es que es el derecho el que justifica dicha protección. Para DE DOMINGO (a la inversa que ALEXY), lo procesal es secundario, y la posición de gozar de un derecho es una consecuencia de tener un derecho (Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 23). “Lo que se atribuye y/o reconoce como derecho fundamental consiste en un ámbito de la personalidad y/o actuación humana especialmente valioso, tanto desde la perspectiva del titular del derecho, como desde la comunidad” (pp. 24-25), lo que los concibe como bienes capaces de organizar una comunidad política. “Los derechos fundamentales son primariamente bienes jurídicos y (...) las facultades de las que disponga el titular para lograr la protección de dichos bienes, siendo importantes, ocupan un papel subordinado, en tanto su concreción dimana de los perfiles que se atribuya a tales bienes” (p. 24).

impacto en la expansión, por diversas técnicas, de la eficacia de la Constitución y de los derechos fundamentales a relaciones entre particulares.

2.2.- Particularidades operativas los enunciados constitucionales contruidos con elementos extrajurídicos.

Existe una innegable vinculación de los derechos fundamentales con los catálogos de derechos descritos en numerosos textos revolucionarios y de filosofía política y moral del siglo XVIII⁷⁴. Esta continuidad es tanto histórica como filosófica⁷⁵, pero quizá sobre todo, lingüística⁷⁶.

De hecho, en todos sus primeros desarrollos, los derechos humanos⁷⁷ se construyeron utilizando conceptos y expresiones propias del mundo del derecho, quizá porque ello permitía reforzar el carácter propio, concreto y con proyección exterior y jurídica de la dignidad de cada persona⁷⁸. De esta manera, las nobles reivindicaciones políticas perseguidas se presentaron y difundieron como aspiraciones con atributos típicos del derecho privado, predominantemente patrimonial, pese a su clara naturaleza política y moral. La “literalización” de esta metáfora, y su paso del plano filosófico al jurídico, ha generado más de algún problema⁷⁹, pues la sola mención de la palabra “derecho” se vincula a la de “derechos subjetivos”.

Con el correr del tiempo, esta falta de claridad generó cierta confusión entre ambos sistemas, favoreciendo la aparición de catálogos de derechos positivos,

⁷⁴ Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 302 (citando a ALEXY, “*La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*”, *Derechos y Libertades* (2000), p. 12 y ss.)

⁷⁵ En efecto, antes de que fueran incorporados en textos constitucionales, estos derechos fueron proclamados en numerosas declaraciones sobre derechos humanos, que pretendían ser un reflejo de lo bueno y deseable desde una perspectiva política y social. Es decir, pertenecían al discurso moral antes de ser positivizados.

⁷⁶ La casi idéntica redacción utilizada por los catálogos revolucionarios y las normativas constitucionales, mediante enunciados abiertos y ajenos a la tradición del derecho (que por el contrario, se ha construido en base a reglas claras, definidas y generalmente completas en su descripción) ha contribuido a esta identificación.

⁷⁷ Ellos recibieron numerosos nombres: derechos del hombre, derechos humanos, derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre otros.

⁷⁸ En esta época, el derecho que había alcanzado un mayor desarrollo y protección era el derecho de propiedad, por lo que no resultaba extraño que quisieran construirse bajo su alero todas las nuevas pretensiones sociales. Quizá en la actualidad ocurre algo similar con los derechos humanos y los derechos fundamentales.

⁷⁹ Paul VINOGRADOFF, “Introducción al Derecho”, Fondo de Cultura Económica, 3ª Edición, México DF (1967), p. 47, citado por Soledad BERTELSEN SIMONETTI, “*Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales*”, Cuadernos del Tribunal Constitucional 42 (2010), p. 83. El autor sostiene que no es por azar que todos los idiomas de Europa continental utilicen el mismo concepto para referirse a orden jurídico, a la norma y la misma noción de justicia y a la vez a derecho subjetivo y objetivo (Derecho, ius, recht, droit, diritto) y también lo esgrimido por un sujeto u otro. Por ello, el concepto de derecho no puede concebirse fuera del orden jurídico.

GARCÍA HUIDOBRO también critica la utilización del derecho subjetivo y dotado de cualidades abstractas como centro de la argumentación jurídica. Joaquín GARCÍA HUIDOBRO, “*Los Conflictos de Derecho*”, *Revista de Derecho y Humanidades*, No. 11 (2005), p. 61 y ss.

generalmente consagrados mediante normas internacionales colectivas (lo que supone cierta pretensión de universalidad operativa y comunidad valórica) e incorporados a los textos constitucionales⁸⁰.

De este modo, principios nacidos para tener efectos en el mundo moral y político, y redactados para operar dentro de esa lógica, comenzaron a ofrecer y garantizar derechos subjetivos, sin permitirseles tampoco abandonar su función originaria de ideales morales y guías para la acción política. De esta manera, sin haber realizado cambios estructurales relevantes, el discurso moral ingresó de plano en el mundo jurídico, permitiendo incorporar a este último, elementos tradicionalmente considerados ajenos al mismo.

PRIETO SANCHÍS, en un texto particularmente claro y elocuente, ha llamado la atención sobre la “rematerialización” del Derecho Constitucional como una de las principales características del derecho contemporáneo, evidenciando el vínculo entre derecho y moral desde diferentes posibilidades explicativas: “Tal vez el rasgo más destacado del constitucionalismo contemporáneo, y también el principal argumento de las concepciones neoconstitucionalistas, sea la rematerialización, esto es, la (re)incorporación de contenidos sustantivos de carácter moral y político que pretenden condicionar de forma más o menos severa qué es lo que pueden o deben mandar las instituciones y especialmente el poder legislativo. Este fenómeno de la rematerialización constitucional ha sido expresado de muchas formas: la moral “ya no flota sobre el derecho (sino que) emigra al interior del Derecho positivo”(HABERMAS), de manera que “el conflicto entre derecho y moral se desplaza al ámbito del Derecho positivo (DREIER); cabe decir entonces algo metafóricamente que “el Derecho por principios encuentra al derechos

⁸⁰ A partir de las constituciones posteriores a la II Guerra Mundial, comenzó un marcado proceso colectivo de positivización e incorporación de estas máximas filosóficas a los ordenamientos jurídicos. Los profundos procesos psicológicos colectivos propios de la catástrofe europea (60 millones de muertos, etc.), y muy especialmente, de la crisis de legitimidad política, moral y de autoridad de la sociedad alemana, no podían estar ausentes de la mentalidad de la época, y sin duda condicionaron y marcaron muchas de las re estructuraciones políticas y jurídicas que se plantearon hacia el futuro.

A mayor abundamiento, el carácter abstracto y general de estos principios ha permitido construir sobre ellos normas jurídicas con pretensiones de validez universal. Las declaraciones internacionales, como por ejemplo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, funda su pretensión de universalidad en el hecho de tener como idéntico fundamento “valores oponibles a todos, y muy especialmente, contra los estados soberanos”. Lorenzo M. BUJOSA, *“Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español”*, Editorial Tecnos (1997) p.25. Respecto a este último punto, los países firmantes resultan inmediatamente obligados (misma cita, p 30 y antes p 27 y 28). MANGAS, refiriéndose a la Carta Europea de Derechos Humanos, señala que su permeabilidad en todo el actuar del Estado será inevitable y afectará la totalidad de las actuaciones del Estado, “por lo que los ciudadanos podrán invocar los derechos reconocidos en ella ante los tribunales locales sin necesidad de distinguir el origen del mismo”. Araceli MANGAS (dir.), *“Carta de los derechos fundamentales de la unión europea. Comentario artículo por artículo”*, fundación BBVA (2008), p. 814.

Hoy, pudiendo observar sus resultados prácticos y luego de más de 50 años de paz y estabilidad, podemos criticar a dichas decisiones el no haberlas acompañadas de elaboraciones jurídicas más adecuadas y equilibradas, si acaso ello hubiese sido posible. Algunas de las más importantes construcciones jurisprudenciales posteriores, han tenido como propósito, corregir en parte dicha situación (la eficacia horizontal indirecta, etc.).

natural (ZAGREBELSKY)” o que se ha producido una “fusión entre el Derecho constitucional y la teoría ética (DWORKIN)” desde el momento en que “la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho (PECES BARBA)”(...) Dicho de un modo más o menos literario, la conclusión parece unánime: merced a las Constituciones, la moral – es decir, los venerables derechos naturales – han hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del Derecho”⁸¹.

La relación entre el derecho y ciertos elementos extrajurídicos pertenecientes al ámbito de la moral, hoy es una realidad operativa y fuertemente asentada, que será difícil de revertir en el mediano plazo, más allá de las críticas de que pueda ser objeto. Asimismo, podrían plantearse dudas respecto a si un ideal de mayor pureza y claridad podría ser asumido sin producir efectos operativos negativos en la protección de los objetivos perseguidos, por lo que la conveniencia de un cambio en este sentido será también debatible.

El estrecho vínculo entre derecho y moral que parece plantear el constitucionalismo contemporáneo enfrenta tensiones notorias y numerosas.

La primera y más evidente se relaciona con la diferencia entre estos postulados y el ideal positivista.

POZZOLO ha dicho que “la ciencia jurídica debe asumir responsabilidades morales. No puede limitarse a una descripción del derecho”⁸², agregando que las Constituciones modernas deben ser vistas como “un puente que permite el pasaje al discurso moral”⁸³.

En este planteamiento coinciden muchos autores contemporáneos que cuestionan frontalmente el carácter autónomo y técnico anhelado para el derecho por la ideología positivismo⁸⁴.

⁸¹ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 330.

⁸² Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 344.

⁸³ Ibid., p. 342 y ss. Muchos autores ven también esta conexión entre derecho y moral en los ordenamientos contemporáneos.

⁸⁴ Este modelo ofrece la tentación de “impugnar una tesis central del positivismo, aquella que sostiene la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Como hemos ya señalado, este problema se agudiza por la posición privilegiada que dentro del sistema de fuentes del derecho encuentran los postulados constitucionales, construidos en forma abierta e indeterminada, utilizando un lenguaje propio del discurso político y moral. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 331. El mismo PRIETO señala que ha intentado una aproximación crítica a esta derivación del constitucionalismo contemporáneo en 1997. Luis PRIETO SANCHÍS (1997), ob. cit., nota 31, p. 49 y ss.

La tradición positivista identificaba en la orden del soberano la razón para la acción jurídica (es decir, justificaba la acción recurriendo a un hecho, cometiendo así una aporía lógica). Luego, los positivistas más modernos justificaron las normas en otra norma, pero de carácter superior (regla de reconocimiento), llegando a la Constitución como norma originaria de todas las demás. El propio FERRAJOLI, para quien “la doctrina ilustrada de la separación entre Derecho y moral constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría Garantista” ha reconocido un acercamiento entre «legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico” (citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 331).

En forma crítica a esta incorporación puede revisarse lo sostenido por GARCÍA AMADO, que señala que “cuando las Constituciones (o las leyes) incorporan preceptos morales su aplicación se

Sin embargo, COMANDUCCI señala que hoy se exige y plantea como una obligación moral la obediencia a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella, por lo que el constitucionalismo de los derechos también puede ser considerado, de alguna manera, como una variante del positivismo del siglo XIX⁸⁵.

Dadas las molestias y dificultades surgidas de la confusión de los planos moral y jurídico, algunos autores han querido relativizar esta relación, argumentando que aceptar que los derechos fundamentales provienen de los Derechos Humanos, y por tanto de la moral, no debe conducir necesariamente a sostener la idea de una constitución metafísica, subyacente al texto constitucional, ni a una identidad entre el orden jurídico y el orden moral, a pesar de su evidente conexión en los órdenes constitucionales modernos.

MORESO, siguiendo el pensamiento de DWORKIN, indica que “cuando el derecho usa conceptos morales densos o remite a determinadas pautas de moralidad, no convierte con ello en parte del Derecho las normas morales, sino que dichas pautas devienen jurídicamente aplicables para los órganos de aplicación”, obligando a los jueces a utilizar dichas normas para justificar sus decisiones⁸⁶. De esta manera, pueden existir preceptos constitucionales que violen principios y normas básicas de justicia, pues no todos los mandatos constitucionales son mandatos morales.

Por eso, FERRAJOLI sostiene que “el Derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la moral (esto es, de *una moral* determinada), sino únicamente como técnica de tutela de intereses y necesidades vitales; por otro lado, el principio, inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónimo y coercitivo del Derecho”⁸⁷.

Utilizando otra línea argumental, BERNAL PULIDO señala que “la idea de que los derechos fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación parte del reconocimiento de la positividad de los derechos fundamentales en toda su entidad”⁸⁸, lo que supone a su vez independencia y autonomía frente a su origen.

En el plano de las aspiraciones sociales, esta relación simbiótica entre el discurso jurídico y el discurso moral sigue dejando una serie de problemas abiertos.

convierte – con ciertas restricciones institucionales – en un ejercicio de argumentación moral; ejercicio en el que los jueces no tienen mayor competencia que cualquier otro participante”. Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 268.

⁸⁵ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 100.

⁸⁶ José Juan MORESO, “*Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Constitucional*”, Doxa, No. 23 (2000), p. 113.

⁸⁷ Para PRIETO SANCHÍS, esta diferencia entre moral y derecho “representa una de las peculiaridades más valiosas del constitucionalismo de FERRAJOLI”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 332 (donde cita a FERRAJOLI, “*Garantismo: una Discusión sobre Derecho y Democracia*”, Trotta, Madrid (2006), p. 17).

⁸⁸ Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 304.

Quizá el más importante deriva de la tensión entre el carácter discursivo absoluto de los derechos y las limitaciones que su implementación encuentra en el plano operativo.

En efecto, la idea de la vigencia universal de los derechos que emanan de la dignidad humana es políticamente muy atractiva, especialmente desde un punto comunicacional y reivindicativo⁸⁹. Pero sabemos, al mismo tiempo, que el disfrute universal y efectivo de los derechos consagrados constitucionalmente, estará condicionado *de facto* por una serie de factores materiales y jurídicos⁹⁰.

Como resultado de esta superposición de lógicas discursivas tenemos un planteamiento que al mismo tiempo es normativo, político y moral, que afirma garantizar jurídicamente y en forma universal la protección de los derechos inherentes a toda persona⁹¹, pero que no pueden ejercerse ni hacerse valer sin la intermediación activa del Estado (al que se suponen preexistentes) y sin la presencia de una serie de requisitos y factores concomitantes.

Naturalmente, dentro de esta confusión entre los aspectos ideales y jurídicos, muchos actores sociales han puesto el eje de sus aspiraciones en el aspecto de “derecho subjetivo” de los derechos constitucionales, opacando su dimensión de bienes y de guías morales, que es su sentido originario. Al utilizar los derechos como fundamento material de reclamaciones o exigencias jurídicas, se genera un inevitable escenario que deja al Estado en falta y a las personas con un sentimiento de frustración y desprotección.

ALEXY parece haber comprendido bien esta incapacidad operativa de los derechos constitucionales cuando señaló que los derechos fundamentales debían entenderse como “mandatos de optimización”. Así, salvaba las deficiencias de los mismos para operar en el mundo del derecho, al mismo tiempo legitimaba una verdad que de facto se imponía y que era que su cumplimiento podía ser relativo y gradual, admitir múltiples interpretaciones, y depender de una serie de circunstancias. Todas estas características eran completamente impensables para una norma legal.

El mismo autor señalaba que dada su redacción en forma de principios, los derechos constitucionales no permitían su utilización directa en un caso particular. Para que ello sea posible, era necesario que antes fueran transformados en otra cosa: en normas jurídicas. Esto es, en reglas.

Habiendo dicho todo lo anterior, ALEXY da un importante salto discursivo, señalando que estos mismos enunciados constitucionales eran capaces, al mismo

⁸⁹ Pueden existir buenas razones para justificar y mantener esta lógica, sobretodo en el momento actual, cuando ellas ya han permeado fuertemente en nuestra cultura. De hecho, hoy no es posible imaginar un modelo político que prescindiera de estos elementos. Pero estas justificaciones serán políticas, no jurídicas, y no pueden llevarnos a negar o desconocer los costos y complicaciones jurídicas asociadas.

⁹⁰ La famosa frase que considera a los derechos revolucionarios como “tonterías con zancos” proviene de la evidencia de que sin la existencia de condiciones adecuadas, y de los recursos económicos, judiciales e institucionales adecuados, ningún derecho consagrado en un catálogo adquirirá viabilidad operativa.

⁹¹ Sin entrar en las limitaciones emanadas de la condición de “nacional”.

tiempo, de ofrecer derechos subjetivos a todas las personas, definiendo derecho como aquella posición jurídica que faculta a exigir algo a alguien. De esta manera, otorgó una clara dimensión jurídica a lo que hasta entonces sólo había sido una guía de acción, un mandato y un criterio de legitimidad⁹².

Para posibilitar la consistencia a esta nueva construcción, incorporó la distinción entre vigencia “prima facie” y “definitiva” de los derechos, que hemos explicado más arriba, y que permite sostener que los derechos rigen siempre en general, que son absolutos, universales, permanentes e irreductibles, pero que dadas las condiciones de un caso particular, pueden transitoriamente ceder frente a otro derecho. Es decir, que los derechos “son pero no son” derrotables, absolutos, permanentes, irreductibles y universales⁹³. Como era predecible, esta contradicción obligó a los intérpretes a generar creativas y alambicadas construcciones.

Sin embargo, como desarrollaremos más adelante, estas dificultades y confusiones no han impedido que a nivel global los objetivos de dotar de una mayor protección a los individuos, respetando su dignidad y su autonomía, hayan sido crecientemente cumplidos. Por lo que desde un punto de vista operativo, la utilización de esta herramienta puede considerarse altamente valiosa.

El grado de identificación y diferenciación que exista entre el orden jurídico y el moral en el derecho contemporáneo es un tema sobre el que no existe consenso y que excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, podemos señalar a modo de ejemplo algunas diferencias entre ambos modelos.

Además de la obvia diferencia referida al contenido imperativo y general que sólo es predicable respecto de las normas jurídicas, quizá la más importante sea que las normas morales se justifican y validan por sí mismas.

Esta autonomía de la moral (que no se encuentra en el derecho) permite proveer a las decisiones jurídicas su “justificación de última instancia”⁹⁴. De esta manera, en los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, las decisiones públicas sólo estarán justificadas si están construidas sobre una base moral⁹⁵.

Algunos autores han querido ver en este rasgo del constitucionalismo una profunda desconfianza hacia el poder constituido y hacia las posibilidades reales de

⁹² Es probable que hayan influido en esta construcción la propia historia personal de ALEXY (Alemana), su profunda adhesión al modelo político que se planteaba (constitucionalismo de los derechos) y su anhelo por presentar una teoría que fuera armónica.

⁹³ CIANCIARDO llama la atención sobre este punto, en circunstancias que “si hay algo que ha caracterizado al discurso de los derechos humanos desde su aparición es su resistencia a la postergación”. Juan CIANCIARDO, *“El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales”*, Ediciones Universidad de Navarra (2000), p. 118.

⁹⁴ Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 342. Es decir, lo que finalmente validará a las normas será el contenido moral que reflejen.

⁹⁵ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 101. Sin embargo, este autor no comparte esta tesis de unión necesaria entre derecho y moral, como más adelante veremos. Señala que ello incorpora elementos de inseguridad en el derecho, aunque acto seguido lo justifica (p. 95).

la ciencia del derecho⁹⁶, crítica que nos parece acertada, más no por ello suficiente para invalidar esta relación, o incluso para valorarla negativamente.

Al reflexionar sobre este punto, PRIETO SANCHÍS dice que “el Derecho y su fuerza son un mal, acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo, que conserva siempre un irremediable residuo de ilegitimidad y, por tanto, una necesidad de justificación, ante una instancia superior, que es justamente la moral, siempre crítica y externa al Derecho positivo”⁹⁷. De ahí que pueda decirse que el Derecho “se halla siempre necesitado de justificación, precisamente a la luz de una moral que es externa al Derecho mismo y que toma cuerpo en los derechos fundamentales”⁹⁸.

Dicho lo anterior, debemos plantearnos el problema de la operatividad de los derechos fundamentales y los principios y bienes reconocidos constitucionalmente como “valores morales positivados”⁹⁹, ya que si la definición anterior es correcta, el principal problema del derecho y de su interpretación estará dado por encontrar esos valores. Sin ellos, el esquema constitucional quedará incompleto, y no será posible su interpretación y aplicación.

Dado el carácter abstracto y vago de las normas fundamentales y su evidente conexión con un sistema que es extrajurídico, para determinar cuáles son aquellos valores en que se fundan los derechos constitucionales, estaremos obligados a recurrir a sus valores subyacentes, todos los cuales nos ofrecerán diferentes problemáticas y dificultades¹⁰⁰.

⁹⁶ El Estado es “un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para tutelar sus necesidades y derechos naturales (...) lo que es natural no es el Derecho o el Estado, sino la ausencia del derecho y el estado de naturaleza”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 332.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 333.

⁹⁹ Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 340.

¹⁰⁰ Podemos recurrir, por ejemplo, al derecho natural. COMANDUCCI señala que “el constitucionalismo tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre derecho y moral”) a la moral personal del intérprete o de un determinado autor, o a la que se quiera. Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 97.

GARCÍA AMADO señala en forma crítica que “de esta manera, la axiología o la política (pero siempre la metafísica) reemplazan a la semántica”. Luego continúa señalando que “a la hora de interpretar, estas posturas prefieren descubrir los fines sociales a los que las normas deben servir, siendo la interpretación correcta la que se adecue mejor a tales patrones (...). El que mediante este método se sobrepase la evidente literalidad de la norma, o la voluntad declarada del legislador, es algo secundario. Como decíamos antes, bajo esta mirada, la interpretación “contra legem” no es necesaria contraria al derecho”. Otra forma simple de dar solución a este problema es señalar al propio texto constitucional como la respuesta a esta interrogante, y a su ulterior desarrollo doctrinario y jurisprudencial. De esta manera, la Constitución pasa a constituir un texto que expresa oficialmente los valores básicos del sistema jurídico, dejando la solución final del problema al intérprete. “De esta manera, lo indeterminado se convierte en determinado (...) y lo lingüísticamente determinado puede resultar erróneo y necesitado de corrección por su no correspondencia con la realidad (metafísica). Y los guardianes de la Constitución son guardianes del orden debido, que puede no coincidir con el orden expresamente estipulado. La Constitución, y el ordenamiento positivo todo, se hacen dúctiles en nombre de la firmeza de los valores rígidos” (...). “En todas estas configuraciones, las interpretaciones posibles de los

El primero de ellos es que no existiendo una técnica clara para identificar y precisar cuál es la “moral” de una sociedad y de su derecho, muchas veces nos enfrentaremos a los textos legales con cierta incertidumbre respecto de su contenido y posibilidades.

A ello debemos sumar el hecho de que quizá no sea posible la existencia de un orden de valores objetivo o común, especialmente en sociedades múltiples y pluralistas como las actuales. La misma duda podrá plantearse respecto a la posibilidad de encontrar unidad y coherencia de valores y objetivos en las disposiciones de cada Constitución.

Podría argumentarse que la vigencia normativa uniforme de todas las normas y principios constitucionales, obligará al intérprete a buscar lecturas que permitan la vigencia y armonía de todas sus partes, por lo que su coherencia sería un presupuesto dado. Una interpretación que dejara vigentes y sin posibilidad de armonización los principios que se presentan como contradictorios, sería, por principio, equivocada.

Asimismo, del efecto irradiador que la Constitución ejerce sobre todo el ordenamiento jurídico, podría sugerirse una “presunción de concordancia” entre los principios constitucionales y el derecho positivo. Ello nos permitirá aplicar la ley partiendo de la sólida base inicial de que los valores morales considerados por la Constitución han sido conocidos y considerados por el legislador y se encuentran incorporados al derecho positivo¹⁰¹, y por lo tanto, la igualdad de todos ante la ley y la unidad del ordenamiento jurídico están garantizadas.

Pero sabemos que los textos constitucionales nacen en momentos muy particulares de la vida política de un país, y habitualmente como fruto de negociaciones y pactos entre diferentes grupos y subgrupos con capacidad constituyente, por lo

enunciados constitucionales vienen acotadas en una doble dirección: no cabe atribuirles cualquier significado posible dentro del marco de su indeterminación, pues hay cosas que la Constitución no puede significar aunque parezca decir las; y cabe atribuir significados que no estén expresados de modo manifiesto o semánticamente posible en ningún enunciado, pues la Constitución sería lo que dice (o parte de lo que dice), más lo que calla pero está presente en su evidencia última”. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 40, p. 237 y ss. Dada la relevancia de este punto, dejaremos su desarrollo para un momento posterior.

¹⁰¹ Puede haber caso en que estas normas sean incorporadas por la legislación, pero puede también haber situaciones en que los sistemas institucionales no permitan que ello suceda, o lo permitan sólo imperfectamente (dictaduras, etc.). En estas situaciones el juez se puede ver inclinado a ejercer un rol más democratizador, pero no exento de riesgos de diverso tipo, y en ningún caso sería recomendable en situaciones donde la institucionalidad democrática funcionase relativamente bien, asunto que por cierto será discutible. COMANDUCCI quien recomienda en este punto “las bien conocidas objeciones de HART en el debate con Lord DEVLIN”. Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 110. COMANDUCCI recomienda Jorge MALEM, *“La Imposición de la Moral por el Derecho: la Disputa Devlin-Hart”*, Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), Derecho y Moral: Ensayos sobre un Debate Contemporáneo, Gedisa, Barcelona (1988), pp. 59-79. afirmando que este volumen constituye una excelente introducción crítica al debate contemporáneo sobre las relaciones entre derecho y moral, también en el ámbito del neoconstitucionalismo.

que es altamente probable que consideren anhelos y preceptos políticos incompatibles en muchos sentidos¹⁰².

En ese encuadre no es de extrañar que se presenten importantes diferencias en cuanto a la determinación del contenido material de la Constitución, aún si lo que queremos es una búsqueda de coherencia y unidad al interior del ordenamiento jurídico. Las constituciones modernas ofrecen muchas opciones posibles. Y dada la existencia de distintos intérpretes en el tiempo, es posible que debamos convivir con un ordenamiento donde la lectura de sus líneas matrices presente divergencias, ofreciendo nuevas opciones interpretativas.

Las consideraciones arriba expuestas nos llevan a reconocer otro punto relevante: los derechos fundamentales, en su concreción práctica, tienen un trasfondo político, y por lo mismo, cultural y dinámico.

Ello implica que su protección y contenido será muy sensible y en definitiva dependerá de la relevancia o priorización que se les asigne dentro de un determinado plan político, así como de las posibilidades, prioridades y demás circunstancias existentes¹⁰³.

Por ello, pese a predicarse sobre ellos su universalidad e indisponibilidad, es forzoso reconocer que no hay una comprensión o nivel de vigencia “única” u “óptima”, predefinida y de aplicación universal, respecto de su contenido o forma de promoción y respeto, y que el contenido y peso de cada derecho será resorte de cada opción o sensibilidad política y cultural, individual o colectiva.

Lo único que exige la Constitución es, al final del día, que se respete el modelo dogmático constitucional¹⁰⁴.

SERNA y TOLLER reconocen esta realidad, aunque en forma crítica, sugiriendo una interpretación cuidadosa y restrictiva y que evite la lógica de conflictividad entre distintos bienes y principios protegidos. En caso contrario, se hará necesaria una regulación externa de los mismos, que implicará que los derechos pasaran a “depender de las normas que los regulan o limitan, y su contenido acaba, en definitiva, coincidiendo con el de aquéllas: de ser libertades previas al legislador y al propio constituyente, pasan a causa del carácter ilimitado que se pretende tienen, a estar en radical dependencia de las decisiones positivas que consignan y determinan su límites externos”¹⁰⁵.

PRIETO SANCHÍS es claro al respecto: “(...) en algunas doctrinas neoconstitucionalistas se sostiene de modo explícito que los textos constitucionales no son como las leyes (...). Las leyes son la expresión de un momento político

¹⁰² “Las Constituciones son compromisos y la Constitución española es un ejemplo de ello. Buscan solo recoger las grandes líneas de la convivencia civil pacífica dentro de una comunidad política. Las normas de detalle podrían asfixiar el proceso político”. Miguel CARBONELL en Prólogo a libro de Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 10.

¹⁰³ Ello estará dado “en función de las posibilidades económicas y sociales, así como de la concreta orientación política que en cada momento tengan los poderes públicos”. Francisco J. BASTIDA (2004), ob. cit., nota 53, p. 183.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *“La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos”*, La Ley (2000), p. 22.

unitario o monolítico, la expresión de una mayoría parlamentaria que, mejor o peor, responde a una determinada concepción moral y política. Por supuesto, también existen contradicciones entre las leyes, pero éstas se resuelven básicamente según un criterio cronológico. No ocurre así con las Constituciones, al menos con las que rigen hoy en Europa; ellas pretenden expresar una coexistencia de proyectos políticos posibles que se traduce en una coexistencia de principios plurales y tendencialmente contradictorios, algo que afecta también y de modo sobresaliente al corazón mismo de su normativa material, que son los derechos fundamentales. Creo que este es el argumento principal que recorre todo el planteamiento de ZAGREBELSKY (...)"¹⁰⁶.

Pero luego agrega que "(...) lo que sucede en algunas Constituciones, como por ejemplo la española, que precisamente se quiso presentar como una Constitución de "consenso" que integraba (pero que no siempre logró conjugar armónicamente) valores y principios políticos de distinta procedencia. Su lema bien pudiera ser "del carácter monolítico de la ley al pluralismo constitucional". La Constitución pluralista no es ni un mandato ni un contrato y, por eso, ni la teoría de la interpretación de la ley ni la del contrato resultan satisfactorias: no hay voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador, ni siquiera de unas partes que llegan a un acuerdo. Lo que hay son "principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las "colisiones" y la fijación de los puntos de equilibrio"¹⁰⁷; se produce, pues, lo que se ha llamado una pluralidad de "mundos constitucionalmente posibles."¹⁰⁸.

Por ello, sólo podrá predicarse la unidad de propósitos y fundamentos a un reducido grupo de normas y principios constitucionales. En los demás, deberá recurrirse a la interpretación, y a diferentes esfuerzos de armonización y determinación de contenidos.

Parece haber pocas dudas sobre el hecho de que la incorporación en el derecho de normas abiertas y vinculadas a la moral y "la técnica de "ponderación" de los principios constitucionales que exige disminuye la certeza del derecho"¹⁰⁹. La mayor diferencia entre los autores está en cómo se valora esta situación, y qué medidas pueden tomarse para contenerla.

COMANDUCCI, en una de sus expresiones más claras, reflexiona señalando que si bien la incorporación de principios al derecho aumenta la parcial indeterminación del derecho (y por tanto reduce su nivel de certeza), ella se

¹⁰⁶ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, pp. 337-338.

¹⁰⁷ Gustavo ZAGREBELSKY, "*Storia e Costituzione*", en G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO y J. LUTHER (eds.), "*Il futuro della Costituzione*", Einaudi Torino (1988). Tal vez esto explique por qué el originalismo y la extraordinaria importancia que se concede en Estados Unidos a las intenciones del constituyente resultan en cambio de muy escasa relevancia en Europa. Citado por PRIETO SANCHÍS, Ídem.

¹⁰⁸ La expresión, quizá junto con la de "artillería constitucional", es una de las más conocidas de MORESO. José Juan MORESO, "*La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1997) (citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, pp. 337-338.

¹⁰⁹ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 95.

justifica por el servicio que hacen a otros valores como la flexibilidad, cambio social, etc. Asimismo, no cree posible la utilización por parte del intérprete de un orden objetivo y conocido de valores que elimine esta circunstancia, salvando su utilización sólo como una posibilidad de justificación a posteriori de la decisión asumida, pero no pueden eliminar totalmente las causas estructurales, lingüísticas y subjetivas de la parcial indeterminación del derecho.

Quizá podría disminuirlas si se dieran al menos estas condiciones: 1) si existiese una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y observada por los jueces); 2) si los jueces observaran siempre las prescripciones de DWORKIN (o de ALEXY), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor.

Pero, en realidad, estas condiciones no se dan. Y las cosas están así no tanto por discutidas razones metaéticas, que afirman la existencia de una moral objetiva, sino por razones factuales.

De hecho: a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

En condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación ex post para sus propias decisiones, pero parece no reducir, si no aumentar la indeterminación ex ante del derecho. Y esto me parece ser así por tres razones principales:

- 1) porque una de las características más comunes de las normas que están configuradas como principios es su mayor vaguedad respecto a las otras normas, y por tanto ésta característica aumenta en vez de reducir la indeterminación ex ante;
- 2) porque, en consecuencia, la creación y configuración de principios, a falta de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a las propias, subjetivas, concepciones de la justicia, y también esto, naturalmente, aumenta la indeterminación ex ante;
- 3) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, o sea la ponderación de los principios caso por caso, a falta de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta también ella la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación ex ante del derecho¹¹⁰.

¹¹⁰ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, pp. 106-107, por todas las referencias y citas anteriores, que dada su claridad reproducimos casi literalmente.

Sin embargo, concluye de una manera sorprendente¹¹¹: “No quisiera que de lo dicho hasta aquí se concluyera que no existen buenas razones para crear principios, o para configurarlos o ponderarlos. Creo que existen buenas razones para hacerlo. Pero lo que no creo es que, en la situación actual, crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, sean actividades que persigan directamente (como parece creer DWORKIN) el valor de la certeza del derecho. Estas actividades persiguen, me parece, otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones “al por mayor”, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la hetero y/o auto-atribución a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera”.

La posición de COMANDUCCI frente a la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de la ponderación de los principios constitucionales y de la interpretación moral de la Constitución resulta interesante, sobre todo si consideramos que para este autor el derecho se llena de contenido (o interpreta) por actos de voluntad y no conocimiento.

Frente a la inquietud que para muchos genera la presencia del derecho en la moral, y de la forma de conocer este segundo elemento e integrarlo con el primero, PRIETO SANCHÍS hace un llamado a la calma, señalando que la moral siempre ha estado presente en el Derecho, y que los Derechos fundamentales son, “según opinión común, el compendio de la moral pública de la modernidad”¹¹².

El elemento que nos parece más interesante de la afirmación anterior está dado por la referencia a una moral pública, colectiva y social, generalmente mayoritaria (a nivel general o entre quienes tienen la capacidad de interpretar y hacer imponer las leyes), desde el cual puede darse sentido y legitimidad a los enunciados constitucionales.

Este sistema de creencias no será estático ni permanente, ni tampoco subjetivo, sino relacional, compartido. Será desde esa base, y de los acuerdos racionales que sobre ella surjan, desde donde se abrirá un espacio para la objetividad y para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Esta realidad cultural, este “mundo de la vida”, de acuerdo a la famosa expresión de HABERMAS, influye y permea al derecho en cualquier modelo, tiempo y lugar.

Aunque reconociendo que el derecho siempre sería incierto, MORESO llama la atención sobre la importancia de la certeza jurídica para garantizar la autonomía y el desarrollo personal¹¹³. Pero sostiene que no es conveniente llevar hasta el extremo ese anhelo de certeza, pues se requiere dejar una puerta abierta para que

¹¹¹ Ibid., pp. 107-108.

¹¹² Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 331.

¹¹³ Sólo leyes claras, precisas y conocibles, permiten a las personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías desarrollado por José Juan MORESO, “Principio de Legalidad y Causas de Justificación (Sobre el Alcance de la Taxatividad)”, Doxa, No. 31 (2001), p. 5.

los sujetos puedan justificar sus conductas cuando vulneren la norma, como sucede por ejemplo con las causales de justificación del Derecho Penal¹¹⁴.

Por ello, sería preferible contar con un sistema jurídico con ciertos niveles de discrecionalidad y flexibilidad, reconociendo que ello inevitablemente afectará su certeza y nos obligará a transitar por los caminos del razonamiento moral¹¹⁵.

Esta situación sería una exigencia de justicia y no una consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, ni tampoco un defecto, a pesar del grado de complejidad que le impone al derecho y que muchos quisieran evitar. MORESO invita a no temer ciertos grados de incertidumbre e indeterminación en el derecho¹¹⁶, ni a caer en la trampa de ciertas corrientes filosóficas que sólo admiten como válidos los enunciados susceptibles de juicio de verdad o falsedad¹¹⁷. Para explicar la normalidad de esta situación, señala que tampoco los colores integran la concepción absoluta del mundo, pero que los enunciados acerca de los colores sí son aptos para la verdad. Del mismo modo, sería posible sostener que “los juicios morales son reducibles a prescripciones y dejar un amplio espacio para la objetividad, entendida como acuerdo racional”¹¹⁸.

Este consenso puede ser expreso o tácito, y nos permite usar muchos conceptos sin discrepar sobre su contenido y sin definirlos en forma previa. Gracias a ello, por ejemplo, “los miembros de la comunidad donde está vigente la Constitución Española poseemos el concepto de trato degradante y somos capaces de aplicarlo con verdad a algunos casos. De esta manera, nuestros enunciados constitucionales subsuntivos son aptos para la verdad”¹¹⁹, y muchas veces pueden mirarse con prescindencia de la moral, lo que nos lleva sencillamente a obedecerlas sin necesidad de construir o concordar una fundamentación ulterior¹²⁰.

Finalmente, podemos decir que el desarrollo de sistemas jurídicos constitucionalizados ha dado buenos resultados, y en ello radica su legitimidad, su justificación y su masificación. Gracias a este modelo hemos obtenido mejores resultados que los que habíamos obtenido sin él en el pasado, y no se vislumbra un modelo alternativo que pueda reemplazarlo. Por ello, la referencia a sus

¹¹⁴ Agrega que “podría decirse que un derecho penal sin causales de justificación (o un derecho privado sin vicios del consentimiento) sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto”. Pone como ejemplo un sistema donde la libertad de expresión siempre se imponga frente a otro donde sea derrotada, a veces por la intimidad u otros valores o derechos. Ciertamente el primero es más cierto, pero a su vez más injusto. Ídem.

¹¹⁵ Ibid., p. 6.

¹¹⁶ Víctor FERRERES COMELLA, *“Teoría del Derecho y Tribunal Constitucional: una Defensa de la Rigidez Constitucional”*, Doxa, No. 23 (2000), p. 49. Señala que se trata de una tradición “bastante arraigada en un sector de los juristas de la Europa continental (apelar a la seguridad jurídica para oponerse a los derechos fundamentales en particulares)”.

¹¹⁷ MORESO se refiere, por ejemplo, a la tradición del positivismo inglés con autores con Frege, Russel, o el Wittgenstein del Tractatus.

¹¹⁸ José Juan MORESO (2000), ob. cit., nota 86, p. 109. Es decir, lo que inevitablemente existe es un sistema de valores y posiciones subjetivas (por mucho que sean elitistas o masivas, y al mismo tiempo diversas) que tienen influencia en la interpretación. hay también, ideas particulares sobre el derecho y sobre el rol del juez. pero este es un asunto sociológico que excede las órbitas del derecho y de este trabajo.

¹¹⁹ Ibid., p. 110.

¹²⁰ Ibid., p. 114.

complejidades e inconsistencias lógicas no debe ser una razón para dejar de valorarlo positivamente, y realizar nuevos esfuerzos para su desarrollo y perfeccionamiento.

3.- Tendencia expansiva de la eficacia de los derechos fundamentales y sus principales consecuencias¹²¹.

La dimensión institucional de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación de la Constitución y sus enunciados sobre derechos, la definición de la misma como la norma suprema del sistema legal, y el mandato realizado a los órganos del Estado de ejercer de un rol más activo y comprometido frente a la concreción de los derechos fundamentales, ha generado un fuerte desarrollo en torno a la problemática de la eficacia real y operativa de los derechos constitucionalmente garantizados¹²², convirtiendo a este tema en uno de los más relevantes en el derecho contemporáneo¹²³.

De las opciones que se tomen, dependerá en buena medida la expansión y ámbito de influencia que asignemos a los derechos fundamentales, así como de su forma de interpretación, las situaciones que cubran e incluyan, el rol que asignemos al Estado y la comprensión de ellas por parte de la colectividad.

Por ello, las respuestas que demos a las interrogantes acá planteadas tendrán enormes consecuencias en el plano conceptual y práctico de cualquier sociedad, y son especialmente críticas para el desarrollo de este trabajo, dado que la libertad de expresión y de información se ejerce fundamentalmente por particulares y afecta derechos también privados.

Conviene agregar que la sensibilidad sobre estas materias no solo está dada por su relevancia teórica y práctica, sino por las comprensiones diversas frente al derecho, el rol del Estado, la vida social y la política de que las diferencias existentes son reflejo.

De hecho, la pregunta por la eficacia de los derechos y sobre su rango de efectividad sustantiva y procesal en cuanto a las personas y relaciones (es decir, responder *quién, cuándo, cómo* y sobretodo *contra quién* pueden ser invocados estos

¹²¹ En la elaboración de esta sección (especialmente en lo relativo a la experiencia comparada) hemos considerado el material aportado y algunos de los desarrollos realizados por Andrés BAHER en su tesis de licenciatura, bajo mi dirección. “*El Alcance de los Derechos Fundamentales en la Esfera Privada y el Debate sobre la Aplicación Vertical vs la Aplicación Horizontal*”, Pontificia Universidad Católica de Chile (2007).

¹²² Ella “sólo puede ser medida (...) a partir de la aptitud de su contenido normativo para la consecución de... la garantía de un determinado ámbito de libertad personal”. Francisco J. BASTIDA (2004), ob. cit., nota 53, p. 179. La tendencia expansiva también se manifiesta en el plano interestatal, para lo cual se han creado órganos y se han hecho esfuerzos por contar con una normativa operativa eficaz, superando en cierto sentido la lógica clásica del derecho, y generando algunas desconfianzas dado el cambio de comprensión que ello supone de la autonomía y soberanía de los estados. Lorenzo M. BUJOSA, ob. cit., nota 80, p. 19-20.

¹²³ DE DOMINGO sostiene que se trata de cuestiones de hondo calado, cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad. Asimismo señala que el tema ha sido estudiado con especial profundidad en la doctrina alemana. Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, pp. 107-108.

derechos), es, al final del día, una pregunta sobre el modelo político y constitucional que se busca y quiere, y sobre el grado de afinidad y cercanía que queramos tener frente a un modelo de Estado “Liberal” o “Social de Derecho”.

De esta forma, más allá de las razonables similitudes logradas, sobretudo en el plano operativo, cada propuesta ofrecerá escenarios de muy distinta aptitud para el desarrollo de los derechos fundamentales. Sólo mediante el estudio de los principales modelos disponibles, y de su comprensión no solo como opuestos, sino también como complementarios, tendremos una visión realmente explicativa de la situación y problemática actual, así como las herramientas necesarias para ofrecer cambios y propuestas acertadas a los problemas actuales.

3.1.- Análisis de los modelos básicos. Eficacia horizontal, eficacia vertical y modelos intermedios o de eficacia mediata o indirecta

Para fines de mejor comprensión, y siguiendo la doctrina más tradicional, diremos que básicamente existen dos modelos, recíprocamente polares y claramente asociados a génesis históricas y tradiciones jurídicas específicas, aunque posibles de ser, en muchos aspectos, complementarias.

Entre ambos modelos, a su vez, se ha desarrollado una amplia gama de posibilidades, donde se encuentran casi todos los modelos constitucionales contemporáneos¹²⁴.

El primer modelo que describiremos ha sido denominado de “eficacia vertical” o “verticalista”. Es claramente anterior en el tiempo, y está asociado a la tradición anglosajona¹²⁵ y a la idea de Estado Liberal.

En ella, los derechos fundamentales son comprendidos como instrumentos de tutela de la autonomía privada, y por lo mismo, como instrumentos de protección o defensa del individuo contra el Estado. Para ser más claros: los derechos fundamentales están diseñados para protegernos sólo frente al Estado, quien es por tanto el único potencial infractor.

Que los particulares y las relaciones que desarrollan queden al margen del mundo de los derechos constitucionales, no significa en ningún caso que por ello puedan ser dejados al margen del derecho y de la protección estatal. Muy por el contrario,

¹²⁴ Los modelos generales que describiremos, tienen una finalidad sobretudo didáctica, y no es posible encontrarlos actualmente en estado puro. Sin embargo, comprender la génesis y la ideología subyacente en cada uno de ellos, facilitará la comprensión actual de los diseños constitucionales, algunas de sus posibilidades futuras, así como de muchos de las marcadas diferencias existentes entre normas y fallos de distintas épocas y países. En esta sección hemos considerado muchos de los desarrollos y referencias aportados por la tesis de grado realizada por el alumno Andrés BAHER, bajo mi dirección, ob. cit., nota 121.

¹²⁵ Con ello nos referimos a Inglaterra y sus colonias, incluyendo Estados Unidos, donde la influencia de este modelo es notoria incluso hasta nuestros días. Andrés JANA, “*La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales*”, Editores del Puerto (2003), p. 56. Origen histórico claro de los derechos fundamentales para estado y según él “la mayoría” constituciones se refieren sólo a los actos de poder público o a quien ejerce una función pública”.

reciben otro tipo de protección y regulación, que muchas veces ha sido más fuerte, precisa y tutelada que la de carácter iusfundamental.

El segundo modelo que describiremos, llamado de “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”¹²⁶ es de aparición más tardía y está asociado al fenómeno llamado “constitucionalismo de los derechos” y al menos en sus orígenes y primeros desarrollos, a la Constitución Alemana y al compromiso activo que esta Constitución planteaba frente a los derechos fundamentales, y al rol de los mismos como núcleo material de todo el ordenamiento jurídico.

Como se aprecia, ambos modelos obedecen a momentos históricos y opciones políticas diferentes. Ellas ejercerán su influencia en las diferentes realidades actuales, que por tanto, también serán en parte una consecuencia y un reflejo de ellas, más que un acto voluntario de adscripción a una posición u a otra.

Pero desde ese punto de partida, podremos hacer reformas y adecuaciones que nos permitan hacer operar las instituciones con las que contamos en beneficio de nuestras ideas. De esta forma, si postulamos que los derechos fundamentales reflejan valores constitucionalmente protegidos y no sólo “esferas de protección” del individuo contra el Estado, o que la dignidad humana es el eje estructurante de todo el sistema jurídico¹²⁷, resulta absurdo limitar la eficacia protectora de los derechos fundamentales a un solo tipo de situaciones y a un solo tipo de agresor¹²⁸, siendo natural que todos los actores jurídicos queden de algún modo vinculados a ellos. En cambio, si vemos en el Estado y en su crecimiento una amenaza a la libertad y al patrimonio de las personas, postularemos una tesis más restrictiva o vertical.

En la actualidad, la mayoría de los esquemas existentes son variaciones y combinaciones de ambos, no siendo posible encontrar a ninguno de los modelos conceptuales recién descritos implementados en forma pura. Además, es posible sostener que existe entre ambos modelos una relación evolutiva y una creciente y recíproca influencia, como puede verse claramente en el desarrollo de los modelos intermedios, y en la complementariedad que en la práctica ambos modelos permiten¹²⁹.

¹²⁶ Ibid., p. 53. En el mundo anglosajón también se habla de “privatización” de los derechos humanos.

¹²⁷ El artículo 1.1 de la Constitución Alemana (Ley Federal de Bonn) dice que “la dignidad humana es inviolable (intangibile). Es obligación de todas las autoridades del Estado protegerla y respetarla”.

¹²⁸ Aunque por razones de eficiencia técnica y de política, pueda darse a ambas un tratamiento diferente (recursos, plazos de prescripción, órganos competentes, etc.).

¹²⁹ Desarrollaremos mejor esta idea al explayarnos sobre los modelos comparados. Se podría decir que el desarrollo del Estado Social o Constitucional de Derecho sólo puede entenderse como una modificación del Estado Liberal, o como un desarrollo profundo del mismo, lo que permite valorar al legado histórico como un requisito y un antecedente necesario para la situación actual (influida además por cambios culturales, diferentes niveles de desarrollo económico, entre otras más). Sin querer soslayar sus diferencias, ambos ponen énfasis en diferentes estructuras y beneficios, asociadas a diversas realidades y necesidades históricas y factuales, mostrando fortalezas y debilidades que, adecuadamente combinados, pueden permitirnos disponer de mejores herramientas y llegar, en cada momento, a un resultado mejor.

En consecuencia, si bien es indiscutible que en su concepción original los derechos constitucionales sólo fueron concebidos como una defensa contra el Estado (modelo verticalista), ha existido una tendencia global –intensificada desde la segunda mitad del siglo pasado– hacia la búsqueda de una protección más pragmática y efectiva de los derechos¹³⁰. La marcada tendencia global a aumentar el espectro de derechos y la profundidad de esta protección, inclina la balanza definitivamente hacia aquellas tendencias y estructuras más operativas, inclusivas y universales, aunque aumentando cada vez más sus niveles de pragmatismo y flexibilidad ideológica en su implementación. Asimismo, las tesis más radicales de eficacia vertical, que excluyen totalmente a las relaciones privadas de la influencia de los derechos fundamentales, cuentan cada vez con menos adeptos.

3.1.1.- Modelo de eficacia vertical. Concepción de los derechos fundamentales como esferas de protección contra el Estado y no aplicables a las relaciones entre particulares

El llamado “efecto vertical” de los derechos fundamentales considera que sólo el Estado está obligado por los derechos establecidos en los catálogos iusfundamentales, y que como lógica consecuencia, sólo él puede vulnerarlos, por lo que su vigencia y extensión no alcanza el mundo de las relaciones particulares,

Según POYAL COSTA, “los derechos humanos concebidos originariamente como derechos naturales del individuo con carácter pre estatal, debían Garantizar al hombre, en primer término, una protección frente al excesivo poder estatal. A estos derechos de protección individual pronto se le sumaron, como su reflejo objetivo, las correspondientes obligaciones de seguridad y protección por parte del Estado”. Ana POYAL COSTA (1991), ob. cit., nota 10, p. 195. Es decir, lo que hoy se entiende por derechos fundamentales ha ido surgiendo de diferentes estados históricos. Obviamente la finalidad del Estado es mejorar la vida de las personas, sin ideologías. Por ello, que asuma un rol activo en la materialización efectiva de los derechos fundamentales es un paso natural, y que entre otras cosas, legitima la existencia del Estado. Ver la Declaración de Independencia de EE.UU. y la influencia de Locke en ella. Para profundizar en lo anterior, ver John LOCKE, *"Ensayo Sobre el Gobierno Civil"*, trad. de Amando Lázaro Ros, Aguilar (1969).

Por su parte, RIVERO sostiene que “la doctrina liberal nació en realidad con una doble virtualidad: una movida por una desconfianza insuperable hacia el Estado, que lo empuja a una abstención generalizada respecto al ámbito de las relaciones privadas, y otra, que convierte al Estado democrático en el garante y regulador de esas mismas libertades”. Por tanto, “se puede afirmar, no sólo que la una es tan auténticamente liberal como la otra, sino que la segunda concepción, que ve en la regulación de las relaciones privadas por el Estado un medio necesario para Garantizar el ejercicio efectivo de las libertades es, en definitiva, la más fiel al pensamiento inicial de los autores de la Declaración de 1789”. J. RIVERO, *“La Protection des Droits de l’homme dans les Rapports entre Persones Privées”*, en René CASSIN *Amicorum Discipulorumque Liber*, Ed. Pedone (1971), p. 316.

¹³⁰ Creemos conveniente decir algunas palabras sobre el modelo de los derechos públicos subjetivos o de defensa, cuyo desarrollo principal se atribuye a G. JELLINEK, por la gran influencia que ejercieron y que siguen ejerciendo, influenciando el debate iusfundamental hasta la actualidad. En primer lugar, habiendo tomado su forma de los derechos patrimoniales, los concibe con muchas de sus características (individuales y privados, transables, limitados, etc.). Pero un elemento que los distingue es que el derecho a invocarlos, nace del Estado, quien concede a sus miembros el propio derecho y las acciones o medios legales para exigirlo. Es por tanto, una Garantía dada por el Estado, no por la naturaleza y sólo pueden concebirse como límites al poder estatal. Esta postura ha tenido una profunda influencia y pervive hasta la actualidad en el pensamiento jurídico, pese al énfasis que el neoconstitucionalismo ha puesto en contrario.

regidas por las normas clásicas de protección del derecho (derecho civil, penal, etc.)¹³¹.

Como construcción jurídica, el verticalismo tiene mayor tradición y antigüedad que cualquier otra propuesta, por lo que se le ha llamado también “modelo clásico”¹³². Remonta en sus orígenes al menos hasta el medioevo, por lo que fue concebido bajo esquemas políticos que nunca plantearon exigir al soberano acciones que fueran más allá del respeto a ciertas esferas de autonomías individual. Los ideales de justicia e igualdad, o la búsqueda de una finalidad de tipo social o colectiva cuya garantía se encomendaba especialmente al Estado, estaban fuera del ideario político, y quizá también, fuera de las posibilidades materiales de la época en que nació y alcanzó su mayor desarrollo¹³³.

La Carta Magna – uno de los catálogos de derechos con contenido normativo más antiguo de nuestra cultura – muestra claramente cómo los derechos en ella consagrados eran exclusivamente concebidos como instrumentos de protección de la autonomía y libertad individual frente al posible abuso de la autoridad política¹³⁴.

¹³¹ Evidentemente la “verticalidad” no significó que los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales (la vida, la propiedad, la libertad) sólo recibirían protección cuando quien los vulnerara fuera el Estado. Muchos estaban jurídicamente protegidos frente a agresores particulares, pero las herramientas elegidas para hacerlo eran otras. Así, por ejemplo, el derecho a la vida esta y ha estado protegido fuertemente por una sanción penal (el tipo de homicidio) y un ilícito civil (indemnización de perjuicios), incluso desde mucho antes que se comenzara a hablar de derechos humanos. De esta manera, un particular podía recurrir a la institucionalidad solicitando protección, pero no argumentando derechos fundamentales. La diferencia, entonces, está dada por el tipo de protección utilizada dentro de cada sistema legal y por cierto, por las diferencias existentes en cada sistema en cuanto a intensidad, amplitud, etc.). Sobre este punto vale la pena recordar que el concepto de Derechos fundamentales como reflejo de un orden de valores y por tanto vinculado a “bienes jurídicos protegidos” es propio de la segunda mitad del siglo XX. Con anterioridad, los derechos fundamentales se habían considerado como una esfera de protección a favor del individuo, es decir, como límites a la acción del Estado.

Por otro lado, esta realidad puede llevar a sostener que la horizontalización de los derechos fundamentales es innecesaria, dado que el derecho infraconstitucional siempre ha protegido y protege gran cantidad de derechos fundamentales, por lo que ese debiera ser el ámbito de acción de los particulares. Al involucrar los derechos constitucionales en las relaciones privadas, muchas situaciones que podrían ser resueltas mediante leyes, se transforman en problemas constitucionales. Sobre este último punto ver José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY (1998), ob. cit., nota 61, p. 63.

En un sentido contrario, BALLARÍN IRIBARREN sostiene que “no hay nada en el concepto general de los derechos fundamentales, considerando la génesis del mismo, que obligue a considerar que, en principio, se tienen sólo frente a los poderes públicos, que sólo para éstos nazcan de ellos limitaciones en su actuar”. Javier BALLARÍN IRIBARREN, *“Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: la Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 24 (1988). pp. 286-288.

¹³² Eduardo ALDUNATE LIZANA, *“Introducción al Estudio de los Derechos Fundamentales, Concepto y Función de los Derechos Fundamentales (Apuntes para un Curso de Doctorado)”*, Pontificia Universidad Católica de Chile (2006), p. 2.

¹³³ Además, nace en una realidad histórica, económica y política, donde los derechos efectivamente tuvieron ese propósito, por lo que desde un punto de vista descriptivo e histórico no puede ser cuestionado (como hemos dicho, ha sido el antecedente de las propuestas más contemporáneas, que le deben a éste parte de su configuración actual).

¹³⁴ BILBAO UBILLOS sostiene que bajo este esquema se “acotan y garantizan unos espacios de autonomía...que definen el estatuto jurídico básico del ciudadano, su posición frente a los poderes

Por ello, la propuesta jurídica y política del “verticalismo”, debe ser entendida como un producto o legado de la historia, especialmente de la anglosajona¹³⁵, y más que reflejar una ideología o un sistema de valores, es el resultado de una larga y compleja cadena de conflictos y negociaciones, generalmente realizadas entre el soberano y los señores de cada lugar. En este encuadre, es natural que sus documentos fundantes no sean declaraciones o manifiestos, sino “actas” que dejan constancia de compromisos y transacciones alcanzados.

Ahora bien, sabemos que la cultura jurídica anglosajona se caracteriza por su fervoroso respeto a la tradición y a las instituciones históricas. Por ello, en los países estructurados bajo su influencia, esta comprensión ha perdurado, con algunos matices y flexibilizaciones, hasta la actualidad¹³⁶. No es de extrañar entonces que su valor conceptual siga siendo fundamental para comprender la arquitectura constitucional de muchos sistemas jurídicos, y sus diferencias estructurales con los modelos europeos y latinoamericanos, entre otros.

En sus versiones más clásicas, el verticalismo no parece ni adecuado ni suficiente para materializar los ideales jurídicos y políticos contemporáneos, por lo que a nivel doctrinario son de hecho mínimamente postuladas, mostrándonos una vez más cómo en la historia del derecho es frecuente ver cómo soluciones que fueron muy convenientes y razonables en un momento dado, y que constituyeron un gran avance, se vuelven completamente insuficientes e inadecuadas ante circunstancias y realidades distintas.

Al mismo tiempo, una de las lecciones aprendidas por el constitucionalismo moderno es que para conservar su vigencia, utilidad y sentido, las normas y las instituciones nacidas en un determinado momento histórico deben tener la capacidad de ajustarse a los cambios sociales y culturales en que posteriormente operan¹³⁷, estableciendo para ello elementos que sin amenazar la estabilidad del orden establecido, posibiliten el cambio.

públicos”. Juan María BILBAO UBILLOS, y Fernando REY MARTÍNEZ (2003), ob. cit., nota 63, p. 236.

¹³⁵ ALDUNATE precisa que este modelo “surge en un momento histórico en que el poder estatal es ejercido por un déspota, o un monarca que puede llegar a cometer abusos. Y en este contexto... (nace) la denominación de estos derechos como derechos de defensa para el individuo, (o deberes de abstención para el Estado), básica y esencialmente frente a los atropellos cometidos por el Poder Ejecutivo”. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2006), ob. cit., nota 132, p. 2. En el mismo sentido se manifiesta MARTÍNEZ ESTAY, agrega que “en el constitucionalismo clásico los derechos y libertades se concibieron como barreras de protección frente al poder. Se trataba de derechos frente al Estado, no frente a particulares”. José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY (1998), ob. cit., nota 61, p. 59. Sin embargo, debemos estar atentos a la utilización del argumento histórico, generalmente para cuestionar el rol y tamaño del Estado y la concepción verticalista de los derechos.

¹³⁶ Por ello GARDBAUM sostiene que “la constitución obliga sólo a los actores gubernamentales y no a los individuos privados. Fin de la historia”, pues “la función más crítica y distintiva de una Constitución es proveer ley para el legislador, no para el ciudadano”. Luego, el autor se encarga de explicar cómo la jurisprudencia ha flexibilizado este principio para casos excepcionales. Stephen GARDBAUM, “*The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights*”, Michigan Law Review, Vol. 102, No. 3 (2003), pp. 390 y 394.

¹³⁷ Desde estos momentos es posible observar la doble faz de los derechos como derechos de defensa y derechos de omisión.

Esta necesidad de adecuación y cambio ha sido comprendida por los países que mantienen modelos basados en la vigencia horizontal de los derechos fundamentales, donde se han desarrollado interpretaciones que permiten obtener resultados más protectores sin necesidad de cambiar “la fachada” ni romper con el legado generacional o histórico.

Analizaremos a continuación algunas de las principales críticas y problemas que han llevado a la modificación del modelo verticalista clásico.

i.- Críticas al modelo de eficacia vertical.

a.- Universalidad de los derechos fundamentales y unidad del ordenamiento jurídico

La primera crítica al modelo clásico es que bajo las constituciones actualmente vigentes, sostener la impermeabilidad de las relaciones jurídico-privadas a los derechos fundamentales y la Constitución atenta en contra del contenido y propósito de los mismos, y en contra la unidad que debe existir en el ordenamiento jurídico¹³⁸. Como dice QUADRA-SALCEDO: “(...) conceder el amparo a quien ha visto vulnerado un derecho fundamental por el poder público y no conceder, en cambio, a quien ha sufrido esa misma vulneración por parte de un particular encierra una desigualdad que no encuentra fácil explicación”¹³⁹. En este sentido, el propósito de las Constituciones contemporáneas parece ser claro: los derechos nos protegen “a todos frente a todos”¹⁴⁰.

b.- Existencia de poderes privados

Uno de los principales argumentos utilizados para justificar este cambio y así extender los efectos de la Constitución a los particulares, está en el hecho evidente que hoy los poderes privados tienen muchas veces más influencia y más relevancia en la vida de los ciudadanos que el propio Estado. Por lo mismo, su capacidad para vulnerar o afectar derechos es alta, y limitar la efectividad de los derechos constitucionales solo a algunos agresores podría dejar desprotegidas muchas situaciones relevantes¹⁴¹, siendo que en un modelo que ofrece “igualdad ante la

¹³⁸ Rafael SARAZÁ JIMENA , *"Jueces, Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares"*, Revista Jueces para la Democracia No. 56 (2006), p. 258.

¹³⁹ Aunque en el texto se refiere más bien a los aspectos procesales del amparo ante el TC, el argumento es igualmente válido. Tomás QUADRA-SALCEDO, *"El Recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares"*, Civitas, Madrid (1981).

¹⁴⁰ Joaquín GARCÍA MORILLO (1994), ob. cit., nota 9, pp. 198-199. En el mismo sentido, Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 107: “se reclama por la doctrina mayoritaria que los derechos fundamentales sean respetados en cualquier ámbito (...) y no solo frente a las lesiones provenientes de poderes públicos”.

¹⁴¹ Podría sostenerse que con los esquemas actualmente utilizados, y que desarrollaremos más adelante, la distinción entre entes públicos y privados es irrelevante, ya que en la práctica, “las cortes al dictar sentencia tendrán un deber de resguardar los derechos constitucionales sin distinción”. Gavin PHILLIPSON, *"The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper?"*, *The Modern Law Review*, Vol. 62, Issue 6 (1999), p. 827.

ley” resulta absurdo ofrecer tutelas cualitativamente diferentes a la misma persona, según consideremos que el acto que lo ha afectado ha sido realizado por un actor público o privado.

El jurista alemán NIPPERDEY, quien como presidente del Tribunal Laboral Supremo Alemán tuvo un rol protagónico en la difusión y defensa de la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales¹⁴², señalaba que “existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen relación con una esfera de libertad que es necesario proteger frente al Estado, sino que también garantizan a cada ciudadano un “status social” en sus relaciones jurídicas con los demás, y en especial, con los formidables *Sozialmächte*, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío (...) amenaza al individuo aislado e impotente, frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender al inerme ciudadano”¹⁴³.

En el mismo sentido, PECES-BARBA señala que “el poder político no es el único capaz de dañar a las personas en los ámbitos protegidos por los derechos, no son los únicos maleficios los que pueden venir del Estado, de la autoridad y de sus funcionarios. Existen poderes sociales, e incluso otros individuos capaces de producir maleficios y daños de los que debemos protegernos con los derechos fundamentales (...) la limitación de la validez deriva más de una construcción teórica que de un estudio social de lo que realmente acontece y de cómo funciona la maquinaria del Derecho”¹⁴⁴. BILBAO UBILLO precisa que “el poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad”¹⁴⁵.

En la actualidad, las fronteras conceptuales entre lo público y lo privado se han vuelto más difusas, existiendo ocasiones donde funciones generalmente consideradas como públicas son encargadas a privados (desde trabajos de defensa a construcción de infraestructura, gestión de salud, educación, seguridad) y otras en que el Estado asume funciones propias de particulares.

Si ponemos en el centro de nuestro análisis la protección de las personas y de su dignidad y derechos como objetivo de fondo, el argumento acá planteado se vuelve más evidente, perfilando y anticipando la posible solución.

¹⁴² De DOMINGO señala que el principal expositor de esta tesis fue Hans Carl NIPPERDEY, Presidente del Tribunal Laboral Federal entre 1954 y 1963, y en sus sentencias se ve plasmada su doctrina. Ver al respecto Ingo VON MUNCH, “*Drittwirkung de Derechos Fundamentales en Alemania*”, citado por Tomás De DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 109.

¹⁴³ Cita de H. C. NIPPERDEY efectuada en la obra de Nicolás Alejandro BARRIOS GIACHINO, “*La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales en la Relación Laboral. Los derechos Fundamentales del Empleador*” (2003). La cita se encuentra contenida en NIPPERDEY, H. C., “*Freie Entfaltung der Persönlichkeit*”, en Bettermann, H. C. et al., *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot (1962), t. IV, 2, p. 753.

¹⁴⁴ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, “*Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado (1995), p. 624.

¹⁴⁵ Juan María BILBAO UBILLOS, “*La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Centro de Estudios (1997), p. 242. Sobre este punto, también cabe decir que el aumento de actores sociales relevantes fue un objetivo buscado y promovido por el proyecto político ilustrado, que postulaba que la democratización sería más profunda y efectiva mediante una mayor atomización y redistribución del poder dentro de la sociedad civil. Ello facilitaría el respeto entre unos y otros.

BILBAO UBILLOS, por ejemplo, señala que “en último término, la razón de ser de los derechos fundamentales es fijar ciertos límites al poder, de modo que el individuo tenga la posibilidad de reaccionar frente a los abusos que incidan en su esfera de libertad. Lo que ocurre es que en la tradición liberal sólo se contemplaba como hipótesis relevante la posible injerencia del Estado, dado que la Constitución le atribuía competencias cuyo ejercicio entraba en colisión tendencialmente, por su propia lógica, con esa esfera de autonomía individual”¹⁴⁶.

Por tanto, la extensión de la lógica de los derechos hacia otros actores obedece a la misma que vio nacer a los derechos contra el Estado. “La configuración del Estado como social de derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía derecho público-privado y agudiza la dificultad de calificar determinados entes, cuando no existe calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica”¹⁴⁷.

De esta manera, horizontalismo y verticalismo tendrían los mismos fundamentos, pues los derechos fundamentales son límites a “los poderes”, no “al poder” (a menos que se entienda por “el poder” aquella superioridad que amenaza la autonomía y que puede ser detentado por muchas personas, en distintas órbitas de relaciones, y no sólo por “el poder estatal”). En efecto, en ambos contextos los derechos son instrumentos de protección contra quienes son capaces de afectar nuestros bienes más preciados. La diferencia radica en que en el escenario actual, los poderes potencialmente amenazantes son más numerosos y no siempre tienen un claro carácter público. Extender, por tanto, el efecto de protección también a ellos, sería una consecuencia natural del cambio de circunstancias y medios, incluso más que del cambio de ideales¹⁴⁸.

c.- Inconsistencias en la fundamentación teórica

Hay un tercer argumento, que si bien parece más débil que los anteriores, merece ponerse sobre la mesa. En efecto, desde el plano de las ideas fundantes puede argumentarse que si los derechos fundamentales existen en forma previa al Estado, o al menos reflejan o buscan proteger una realidad anterior y universal, no se ven las razones para que estos, en su consagración jurídica, queden limitados a las relaciones con el Estado.

PECES-BARBA señala que “si partimos del origen contractualista de la mayoría de las teorías sobre los derechos (...) y de la distinción entre Estado de Naturaleza

¹⁴⁶ Ibid., p. 326.

¹⁴⁷ STC 18/1984, FJ 3.

¹⁴⁸ Como más adelante explicaremos, lo que realmente es un paso adelante y novedoso, es la exigencia realizada al Estado de involucrarse activamente en esta tarea, que queda mandatado para hacer efectivo, dentro del marco del Estado de Derecho, el orden de valores reflejado por la Constitución. Asume así, por primera vez, un deber de protección.

y Estado de Sociedad, los derechos naturales son siempre derechos en relaciones entre privados, puesto que en el Estado de Naturaleza no existe poder”¹⁴⁹.

Luego agrega que si el objetivo de estos derechos es proteger a los individuos de la interferencia externa (el ejercicio del poder por parte de otros), es una paradoja que ellas hayan pasado a regir –al pasar desde el Estado de Naturaleza al Estado de Sociedad– sólo las relaciones entre las personas y los poderes públicos¹⁵⁰. Por ello, corregir esta situación, acercándonos al reconocimiento del efecto horizontal, parece un paso natural.

3.1.2.- Modelo de eficacia horizontal. La expansión de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares¹⁵¹

El modelo de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales recibe su nombre por contraste al modelo recién descrito, y busca corregir sus falencias, algunas de éstas arriba expresadas.

Como modelo político, supone que los derechos son ejercitables no solo contra el Estado, sino también contra los actores privados, y que ellos además reflejan un orden de valores, válido para todas las instancias y relaciones sociales, que alcanza por cierto a todo el sistema institucional (orgánico y normativo). Bajo este esquema, todas las relaciones y actos jurídicos, sin importar su calificación, deben respetar el encuadre iusfundamental. Por ello, como hemos señalado, puede observarse una cadena de consanguinidad entre la posición en el centro del ordenamiento jurídico de la dignidad humana y los derechos fundamentales y la vertiente objetiva o institucional de los mismos; entre esta vertiente y el efecto de irradiación de los derechos fundamentales; y entre esta última y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Conforme a lo indicado, este modelo tuvo su mayor desarrollo en la Alemania (RFA) de la Constitución Alemana¹⁵², y uno de los elementos distintivos de este cambio fue la referencia a la dignidad humana como eje de todo el ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 1.1 de la Constitución Alemana dice que “la dignidad humana es inviolable. Es obligación de todas las autoridades del Estado protegerla y respetarla”. Para hacer esta declaración más operativa, el artículo 1.3 de la Constitución Alemana estableció que “los siguientes derechos fundamentales vincularán al poder legislativo, ejecutivo y judicial como derecho aplicable”.

¹⁴⁹ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), ob. cit., nota 144, p. 619.

¹⁵⁰ Ibid., p. 623.

¹⁵¹ La teoría de eficacia horizontal o de “eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales” a menudo es mencionada por su nombre alemán de “Drittwirkung der Grundrechte” o simplemente “Drittwirkung” pues en ese país tuvo sus primeros desarrollos.

¹⁵² Además, como hemos señalado, tiene su antecedente más próximo en la sensibilidad existente en Alemania luego de la II Guerra Mundial. Es decir, históricamente, la tesis de la eficacia horizontal está asociada al fracaso del III Reich y a los deseos de la Alemania de adoptar un paradigma político y jurídico capaz de Garantizar efectiva protección a todas las personas y de ofrecer nuevas claves para la organización social. Esta crisis de legitimidad política está en la base del neoconstitucionalismo y de su modelo de derechos fundamentales potenciados.

El efecto horizontal supone una sociedad jurídicamente construida sobre el respeto universal de los derechos fundamentales. Ellos no son solo listados de buenas intenciones o declaraciones de principios orientativos para el legislador: pueden ser invocados en toda circunstancia, contra cualquier persona e incluso, muchas veces sin siquiera la necesidad de la intermediación de una norma legal (invocando directamente el derecho constitucional afectado como justificación del reclamo antes que las leyes desarrolladas para darle eficacia concreta)¹⁵³. Bajo este modelo, excluir a los particulares del mundo de los derechos fundamentales carece de sentido.

Un punto que es importante precisar es que en ninguno de sus planteamientos la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha pretendido alcanzar a todos los derechos constitucionales. El propio NIPPERDEY invitaba a distinguir el ámbito propio de cada derecho, y a discriminar en base a ello¹⁵⁴. Por ejemplo, los derechos asociados a la personalidad (honor, honra, intimidad, propia imagen) son oponibles a todos, en cambio los derechos políticos (ciudadanía, voto), sólo pueden ser ejercidos contra el Estado. (se ha dicho insistentemente que tanto el derecho a un debido proceso legal como las garantías propias del derecho penal sólo son oponibles al Estado, pero esta tesis será cuestionada a lo largo de este trabajo).

Eficacia directa. Solo algunos derechos, los inequívocamente establecidos para ser gozados por privados, pueden tener este tipo de eficacia. NIPPERDEY sostiene que en general los derechos siguen siendo derechos público subjetivos, es decir, derechos contra el Estado. Asimismo, algunas de ellas son principios ordenadores del orden jurídico en su conjunto¹⁵⁵.

Finalmente, diremos que el 15 de Enero de 1955 el Tribunal Federal Alemán acogió esta tesis, declarando nulas las cláusulas y disposiciones que establecían diferencias arbitrarias en los salarios de hombres y mujeres, invocando la eficacia del principio de igualdad. Luego, el 10 de mayo de 1957, sería fallado el caso de la enfermera cuyo contrato de trabajo en un hospital privado le impedía casarse, declarando nula dicha cláusula¹⁵⁶.

i.- Críticas al modelo horizontal

Muchas de las críticas que pueden ser esbozadas al modelo horizontal son las mismas que pueden realizarse al modelo neoconstitucionalista en general, por lo

¹⁵³ Ver, a modo de ejemplo, el artículo 20 de la CPR de Chile, que establece el “recurso de protección”.

¹⁵⁴ Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *“Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: la Buena Fe”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2000), pp. 204-205.

¹⁵⁵ Pablo MARSHALL BARBERÁN, *“El Efecto Horizontal de los Derechos y la Competencia del Juez para Aplicar la Constitución”*, Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1 (2010), p. 55. La obra más importante de NIPPERDEY es *“Freie Entfaltung der Persönlichkeit”*, en BETTERMANN (1962), ob. cit., nota 143, pp. 752-753.

¹⁵⁶ De acuerdo a POYAL COSTA, NIPPERDEY hizo popular su teoría sobre la base de un argumento sencillo: “lo que está prohibido al Estado no debe estar permitido a los particulares. Ana POYAL COSTA (1991), ob. cit., nota 10, p. 200.

que conviene que el lector interesado se remita a la correspondiente sección de este trabajo.

Sin embargo, las más importantes tuvieron relación con la posibilidad de que este mecanismo abriera un espacio intolerable para la seguridad jurídica, al permitir la revisión iusfundamental de toda relación ya constituida o futura.

El principal argumento que se ha levantado en contra de la eficacia directa se encontraría en “la amenaza que éste representaría para la identidad del derecho privado. Así, la consabida constitucionalización del derecho privado redundaría en su potencial disolución, que terminaría por destruir su racionalidad interna con la consecuente pérdida de certeza jurídica para los actores sujetos a las normas (...)”¹⁵⁷. Además, dado que la solución a un conflicto entre derechos constitucionales dependerá de muchos factores (la naturaleza del conflicto, del tipo de relación, los bienes jurídicos involucrados, etc.), debiendo resolverse generalmente por la ponderación, su criterio de resolución será siempre impredecible, casuístico¹⁵⁸.

Probablemente uno de los países en donde esta posición ha sido aplicada en forma más radical es Chile; en España creemos que existe una mediatización operativa por la vía del recurso de amparo y su reglamentación.

El artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile¹⁵⁹ establece una acción cautelar de fácil interposición y rápido trámite contra cualquier acto u omisión que perturbe, amenace o prive el legítimo ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado, lo que naturalmente ha provocado una explosión de la litigación de este tipo en perjuicio de los cauces ordinarios. Sobre esta experiencia se ha dicho que muestra como “una vez que los derechos constitucionales tienen directa aplicación en la solución del conflicto, tienden necesariamente a controlarla, haciendo irrelevante las normas legales que en ausencia de ellos decidirían la disputa, y los casos terminan siendo adjudicados por decisiones basadas fundamentalmente en argumentos de principio”¹⁶⁰, “transformando a las cortes en una jurisdicción de equidad inarticulada”¹⁶¹.

3.1.3.- Modelos intermedios: La eficacia mediata o indirecta

Tras las críticas formuladas a los sistemas de horizontalidad directa anteriormente señaladas, algunos autores comenzaron a postular teorías modificadas de la misma.

¹⁵⁷ Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 60. Cass R. SUNSTEIN llama la atención sobre la importancia de tomar los resguardos adecuados para que no se confundan la esfera pública de la privada, lo que pasaría por ejemplo con la eficacia horizontal. Cass R. SUNSTEIN, “*On Property and Constitutionalism*”, en “*Free Markets and Social Justice*”, Oxford University Press (1997).

¹⁵⁸ Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 63.

¹⁵⁹ Esta tendencia a la radicalización del efecto horizontal puede verse en todos los países latinoamericanos, donde es habitual ver a los derechos fundamentales alcanzar problemas de contenido patrimonial, como el incumplimiento de un contrato. *Ibid.*, p. 67.

¹⁶⁰ *Ídem*.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 69.

La más relevante de ellas es la que postula una “eficacia mediata” o “indirecta” de los derechos fundamentales, conocida en alemán como “Mittelbare Drittwirkung”.

Básicamente, como pasaremos a exponer, ella supone que los derechos constitucionales alcanzan las relaciones entre privadas, pero no por sí mismas (eficacia directa), sino mediante la intervención de la ley y de los órganos públicos encargados de ejecutarla. Es decir, la aplicación y vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados se consigue por intermediación legislativa (al dictar normas que rijan a nivel privado) o judicial (en el momento de interpretar la norma aplicable a la luz de los derechos fundamentales). De esta forma, los derechos constitucionales ven condicionada su operatividad “a la mediación de un órgano del Estado, que sí está vinculado directamente a esos derechos”¹⁶².

Es interesante recordar el contexto histórico existente en el momento de la elaboración de esta propuesta. Los tribunales alemanes de la postguerra, al igual que buena parte de la nación, habían asumido un fuerte compromiso con la protección efectiva de los Derechos Humanos y la dignidad humana, pero sin contar aún con el diseño de las herramientas adecuadas para ello. El modelo de eficacia directa estaba generando fuertes críticas y cuestionamientos, y se alejaba demasiado de la tradición, generando inquietud, desconfianza e inseguridad, por lo que parecía poco adecuado expandir su aplicación. Y al mismo tiempo, las tesis verticalistas clásicas, que excluían a los particulares del efecto de protección de los derechos fundamentales, no resultaban viables bajo el nuevo paradigma de la Ley Fundamental de Bonn.

En ese contexto, impulsado por las ideas de G. DURIG¹⁶³, el Tribunal Constitucional Alemán resolvió que la Constitución y los derechos fundamentales, además de establecer derechos de los ciudadanos frente al Estado, señalaban un “orden objetivo de valores”, vinculante para todos los poderes públicos, que debían guiar su actuar en concordancia con ellos, especialmente al legislar e interpretar y aplicar las normas de derecho privado. De esta manera, los derechos fundamentales alcanzarían a las relaciones particulares por la vía indirecta, legislativa e interpretativa, dejando cerrado los espacios para la existencia de cualquier “prescripción en contradicción con el sistema de valores que reflejan los derechos fundamentales”¹⁶⁴.

La Constitución establecía de esta forma dos mandatos similares en cuanto a su objeto: respetar y promover los derechos fundamentales, pero con diferentes destinatarios. El primero, para el juez, quien lo ejerce por medio de la interpretación (especialmente de las cláusulas generales y los conceptos abiertos o abiertos)¹⁶⁵; y el segundo, para el legislador, quien se obliga a dictar leyes acordes con la Constitución y su espíritu¹⁶⁶.

¹⁶² Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 283.

¹⁶³ Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 111.

¹⁶⁴ BVerfGE 7, 198 (caso Lüth, citado por Ana POYAL COSTA (1991), ob. cit., nota 10, p. 205).

¹⁶⁵ Desde siempre estos elementos han tenido un efecto amortiguador, flexibilizador y adaptativo del derecho. Stein ha llamado a este proceso la “interpretación constitucional del derecho privado”, Ekkehart STEIN, *“Derecho Político”*, Ed. Aguilar (1973), p. 243 (citado por Pablo

Este planteamiento tuvo la ventaja de permitir mantener el discurso tradicional en donde la Constitución y los derechos fundamentales sólo se dirigen al Estado y sus órganos, pero obteniendo, al mismo tiempo, resultados similares a los buscados por la vía de la eficacia directa. A la vez, reitera y asegura que las facultades y competencias de cada órgano serán respetadas, y que todas las normas se aplicarán en conformidad a la Constitución, asegurando la vinculación entre derecho privado y Constitución e involucrando inapelablemente al Estado en la realización de los derechos.

i.- Casos emblemáticos: Lüth-Urteil y otros

La sentencia más emblemática y conocida en el desarrollo de este modelo es la del caso “*Lüth-Urteil*”, de 15 de Enero de 1958¹⁶⁷. En ella se puede apreciar claramente la operatividad del mecanismo planteado por la justicia alemana, arriba reseñado.

En cuanto a los hechos, la sentencia relata que el productor de cine Viet Harlan, había solicitado a la justicia medidas para detener el boicot que se estaba realizando en contra de la película “Amante inmortal” por parte del político Erick Lüth, entonces presidente de un club de prensa, quien argumentaba que el mismo realizador había en forma previa efectuado al menos una película con contenido antisemita (llamada “Dulce Judío”).

Lo interesante y diferente de este caso en relación con otros es que se fundó sobre la base de argumentaciones civilistas vinculadas al daño y la responsabilidad civil¹⁶⁸.

MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 56). Para BARRIOS GIACHINO, “el legislador introduce conscientemente estos conceptos jurídicos indeterminados para que sean llenados de significado por el juez, en concordancia con el sentir, siempre variable, de la sociedad”. Nicolás BARRIOS GIACHINO (2003), ob. cit., nota 143..

¹⁶⁶ Por mandato constitucional, el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita; si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones, tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de aquí resulta” (Robert ALEXY(1993), ob. cit., nota 55, p. 516, citado por Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 57).

En un sentido contrario, y planteando un problema de gran interés y relevancia, G. AMATO sugiere la existencia de una presunción de concordancia entre las disposiciones del Derecho Privado y la Constitución. Desde esta posición, en el ámbito privado dejaría de existir la necesidad de recurrir a las Garantías Constitucionales, pues estas ya se encontrarían “irradiadas” (o gozarían de una presunción de estarlo). Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, pp. 279-280.

Sin entrar a un análisis más profundo de la propuesta, creemos por lo pronto que ello sólo es predicable de las normas jurídicas dictadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución, y será discutible si cada reforma a la ley fundamental no requiera un ajuste general del “orden de valores” que justifique una interpretación irradiante más activa de parte del poder judicial.

¹⁶⁷ Esta tesis recogió las ideas de G. DURIG (citado por Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 111). Algunos otros autores también había sostenido aproximaciones similares, como por ejemplo Schwabe, quien sostenía que jurídicamente era innecesario reconocer la existencia de derechos entre las partes, dado que todos los derechos privados estaban cubiertos por algún derecho fundamental y la necesidad de intervención judicial cuando los privados entran en conflicto. M. SCHWABE, citado por Ana POYAL COSTA (1991), ob. cit., nota 10, p. 201.

¹⁶⁸ Se fundó en el art 826 del Código Civil (BGB) que señalaba que “quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a repararlos”.

En primera instancia, el reclamo de Harlan fue acogido por los tribunales ordinarios, pero Lüth recurrió de amparo al Tribunal Constitucional, alegando que con esta medida se limitaba su capacidad de expresión, lo que dicho tribunal validó.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional rechazó las “posiciones extremas”, aceptando que primeramente los derechos están establecidos como medidas de defensa frente a la actuación del Estado, pero agregando que también reflejan un “orden de valores”.

“No existe duda de que el propósito principal de los derechos fundamentales es proteger la esfera de libertad del individuo contra la invasión del poder público (...). Pero es igualmente indudable que la ley fundamental, lejos de pretender ser un ordenamiento valorativamente neutral (...) ha establecido un orden objetivo de valores en su capítulo de derechos fundamentales, y que con ellos se manifiesta un fortalecimiento esencial de la vigencia de los mismos (...). Este sistema de valores tiene como núcleo el libre desarrollo de la personalidad humana y de su dignidad en el seno de la comunidad social, debe regir (...) en todos los ámbitos del derecho; el legislador, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Por supuesto, del mismo modo influye también sobre el Derecho Civil; ningún precepto jurídico civil puede estar en contradicción con él; cada uno de ellos deben ser interpretado conforme a su espíritu (...) la influencia de los parámetros valorativos de los derechos fundamentales se realiza especialmente a través de aquellas disposiciones del derecho privado que contienen derecho obligatorio (orden público)(...) las cláusulas generales como el artículo 826 del BGB, por medio del cual el comportamiento humano se mide con estándares supraleales tales como la “conducta debida” permiten a los tribunales responder a esta exigencia (...) al decidir lo que se exige por dichos mandatos sociales en un caso particular, deben partir del sistema de valores adoptado por la sociedad en su Constitución en un momento dado de su desarrollo espiritual y cultural”¹⁶⁹.

En el caso Lüth lo que se alega y corrige es la incorrecta aplicación de la ley (el Código Civil o BGB en este caso) por parte de un Tribunal que ha fallado —o más precisamente interpretado el derecho— sin considerar correctamente los principios constitucionales. Entonces, de acuerdo a este criterio, la sentencia del Tribunal Civil había vulnerado el mandato constitucional de interpretar el BGB conforme a la garantía constitucional de la libertad de expresión, por lo cual debía ser dejada sin efecto, sin hacer referencia alguna, al menos directa, a los derechos subjetivos que pudieron haber sido afectados.

Más allá de la solución dada al caso concreto, lo realmente significativo de este fallo es la influyente doctrina que sentó respecto de la interpretación de la Constitución y de la concepción de los derechos fundamentales, pues además de permitir, en la práctica la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares, estableció derechos individuales frente al Estado (incluso por omisión¹⁷⁰), y

¹⁶⁹ BVerfGE 7, 198.

¹⁷⁰ La figura de inconstitucionalidad por omisión presenta notables dificultades, aunque en Portugal ella ha recibido consagración constitucional. Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 113.

confirmó la existencia constitucional de un “orden objetivo de valores”, vinculante también a todos los poderes públicos.

Por tanto, todas las agencias públicas se encuentran obligadas a guiar su actuar por este “orden”, incluso al interpretar y aplicar las normas de derecho privado, intérpretes oficiales se deben regir por el derecho público.

A pesar de que esta técnica en términos prácticos permite, extender los derechos fundamentales a relaciones entre particulares en forma similar a la permitida por la “eficacia directa”, la forma en que lo hace es diferente.

Mientras las sentencias del Tribunal Laboral Federal dictadas en la era NIPPERDEY señalaban que de las normas constitucionales emanan derechos que pueden ser hechos valer por cualquier ciudadano, la sentencia del caso Lüth concluye que el efecto no es inmediato sino mediato o indirecto, pues los derechos fundamentales no dan derechos directos ni acciones a los ciudadanos, sino que obligan a los órganos del Estado (en este caso los jueces) a interpretar las normas jurídicas de acuerdo a la Constitución y al orden de valores en ella consagrado.

De esta manera, la tesis de la eficacia indirecta deja en claro que los derechos constitucionales no son directamente invocables, quedando su eficacia supeditada a la intervención de la ley y de un órgano del Estado¹⁷¹. En este aspecto, sería correcto decir que el Estado es el único obligado, y que por tanto no se ha cambiado la tesis fundamental sobre los derechos constitucionalmente establecidos¹⁷². Por tanto, las relaciones entre particulares se siguen rigiendo exclusivamente por leyes, pero el legislador (y el juez) asumen la tarea irradiar a todo el ordenamiento jurídico los preceptos constitucionales.

Pero al mismo tiempo, este “único obligado” tiene el deber constitucional de hacer efectivas las garantías constitucionales¹⁷³, lo que en la práctica significa a que al actuar dentro de su competencia y siguiendo el mandato impuesto por la Constitución Alemana y su “orden objetivo de valores”, se alcanzarán las relaciones particulares.

Así, “el sometimiento del juez a la necesidad de argumentar a partir de normas de derecho privado aplicables al caso, permite una comunicación recíproca entre la Constitución y las leyes que gobiernan la esfera privada”, mitigando los riesgos de la horizontalidad¹⁷⁴.

¹⁷¹ Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 63: “una de las ventajas que en mi opinión inclinan la balanza en favor de la horizontalidad indirecta, es el rol principal que otorga al legislador en la tarea de desarrollar los derechos fundamentales en las relaciones privadas”.

¹⁷² De esta forma, Alemania “permanece fiel a dos grandes principios que caracterizan el pensamiento jurídico moderno, especialmente en el continente europeo, a partir de la revolución francesa: el principio de legalidad y el principio de autonomía de la voluntad, que coinciden en la idea de que la fuente de la obligatoriedad jurídica radica en el libre consentimiento”. Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 113.

¹⁷³ Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 284.

¹⁷⁴ Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 63. Por lo mismo, Marshall sostiene que hay que evitar prescindir de la dimensión legal del derecho, sobretodo en relaciones entre particulares, incluso en los casos en que no haya ley. Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 54.

En esta materia, otro caso relevante y más reciente (1976) en la jurisprudencia alemana es el llamado caso “*Wallraff*”, donde un polémico reportero (Günter Wallraff) fue demandado por publicar en un libro las prácticas editoriales del importante periódico Bild Zeitung, donde había ingresado a trabajar con un nombre falso.

El Tribunal Constitucional señaló que la confidencialidad editorial constituía un presupuesto de la libertad de prensa, y que a pesar de que en principio tiene como destinatario a los órganos del Estado, refleja un principio que debía ser respetado por todos, y considerados por el juez al analizar el caso y evaluar los intereses en conflicto. De esta forma, el tribunal descartó la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero aseguró igualmente su respeto por vía indirecta¹⁷⁵.

En el mundo del derecho anglosajón, sería difícil explicar mejor el sentido de la horizontalidad indirecta que lo que lo hace la sentencia del caso canadiense “*Dolphin Delivery*”, que señala que “donde un actor privado A demandó a otro actor privado B apoyándose en el derecho común (...) el *Charter of Rights and Freedoms* no tendrá aplicación (...). De todas formas, este es un asunto distinto a la cuestión respecto a si los jueces debería aplicar y desarrollar los principios del *common law* en una manera consistente con los valores fundamentales establecidos en la Constitución. La respuesta a dicha pregunta deber ser afirmativa”¹⁷⁶.

Entre los países más conocidos por acoger ésta teoría, encontramos el caso de Canadá¹⁷⁷, Alemania e Inglaterra¹⁷⁸ y Suiza¹⁷⁹.

ii.- Críticas a la eficacia mediata o indirecta

Si bien este modelo se hace cargo de las críticas realizadas a la eficacia directa u horizontal y al modelo vertical, también ha sido objeto de cuestionamientos. Entre las principales, es que si bien plantea un modelo diferente, no es más que una creación jurídica que permite los mismos resultados que el modelo de eficacia directa, pero poniendo algunas cortapisas a su uso abusivo. De esta manera, si bien reducen los espacios para la extrema constitucionalización del derecho (en desmedro de los poderes del legislativo) y para la discrecionalidad y activismo judicial, de alguna manera deja subsistentes las mismas inquietudes.

DE DOMINGO¹⁸⁰ argumenta que el problema de este modelo es lo que para otros es precisamente su principal virtud, es decir, que al mismo tiempo busca

¹⁷⁵ Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 312.

¹⁷⁶ *Retail, Wholesale & Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.* (citado por Murray HUNT, “*The Effect on the Law of Obligations*”, en B. Markesinis (ed.), *The Impact of the Human Rights Bill on English Law*, Oxford University Press (1998), p. 168.

¹⁷⁷ En Gavin PHILLIPSON (1999), ob. cit., nota 141, p. 830.

¹⁷⁸ Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, p. 340.

¹⁷⁹ El artículo 35.3 de la Constitución Suiza de 1999 sostiene que las autoridades velarán por los derechos fundamentales y los aplicarán a las relaciones entre particulares, siempre que se presten a ello. El número 1 del mismo artículo señala que los derechos fundamentales serán respetados por el “conjunto del ordenamiento jurídico.”

mantener el equilibrio entre la eficacia operativa de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida social, y el respeto con los principios del positivismo: primacía del principio de legalidad y sometimiento absoluto del juez a la ley. Por eso, considera que la solución dada por la Constitución Española es superior a la Alemana (Aunque hay que considerar que la Carta Fundamental Española es tres décadas posterior a la Constitución Alemana, lo que le permitió incorporar su experiencia y recoger su desarrollo doctrinario y jurisprudencial).

Por otro lado, la idea de que una reglamentación más detallada y menos abierta de los derechos fundamentales realizada por el legislador en su mandato de materializar la Constitución y generar certeza y claridad en el derecho (facilitando el trabajo del juez) ha sido puesto en duda, pues sería igualmente difícil aplicar la ley bajo la irradiación de los derechos fundamentales¹⁸¹.

3.2.- Expansión de la eficacia de los derechos fundamentales en algunos sistemas legales comparados. Caminos diferentes y soluciones similares

Hemos señalado en las páginas precedentes que una de las características de los tiempos actuales, en materia de derecho, ha sido la tendencia a fortalecer su protección, sobre la base de un compromiso más fuerte del Estado y de sus instituciones con una idea material de justicia. Ella se ha construido sobre la base del respeto a la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan o que se establecen normativamente para asegurar su respeto y protección.

En cualquier modelo, estos derechos –al ser positivizados e incorporado generalmente a documentos de rango constitucional– han recibido doctrinariamente el nombre de derechos fundamentales, y pese a las técnicas diversas con que han sido incorporados, puede verse una tendencia general hacia una mayor vigencia de los mismos en todo tipo de relaciones. Ello, a su vez, ha significado cambios en la manera de entender muchas instituciones jurídicas.

Para ilustrar lo dicho analizaremos sucintamente algunas de las formas como ello ha sucedido en dos países de la tradición jurídica continental (Alemania y España) y dos de la anglosajona (Estados Unidos y Gran Bretaña). Del mismo modo, haremos una breve referencia a la forma en que han sido aplicadas las normas europeas, que ofrecen una problemática en muchos aspectos similar a la que en estas páginas estamos tratando.

¹⁸⁰ De DOMINGO (Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 115) se remite sobre este punto a Pedro SERNA, “*Sobre las Respuestas al Positivismo Jurídico*”, Persona y Derecho No. 37 (1997), p. 279-314; a Luis PRIETO SANCHÍS, “*Ley, Principios y Derechos*”, Editorial Dykinson (1998), p. 17-45; y a Pedro SERNA, “*Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*”, Porrúa, México (2006), pp. 13-59.

¹⁸¹ Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 114 (citando a BILBAO UBILLOS, quien cree que incluso el problema se puede agravar. Incluso puede suceder que el juez aplique sin reflexionar la norma, presuponiendo que ella ya ha sido irradiada por la vía del legislador, dejando a un lado las circunstancias particulares del caso y evitando ponderar. Este proceder puede llevar a soluciones razonables en el grueso de los casos, pero no para todos, generando algunas situaciones de injusticia. Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, pp. 315-318.

Como comentario general, podemos anticipar que existe cierto consenso en que los resultados prácticos de adoptar una u otra posición son menores, siendo sus mayores aspectos institucionales y asociados a un mejor equilibrio de los elementos en tensión¹⁸².

Además, la adhesión a una u otra posición estará fuertemente influenciada por la cultura y tradiciones jurídicas particulares de cada país¹⁸³. Así, por ejemplo, Estados Unidos ha puesto mayor énfasis en la capacidad de agresión de los derechos fundamentales, mientras en Europa se ha destacado más su capacidad protectora¹⁸⁴.

JANA sostiene que “aun cuando no lo reconozcan abiertamente, parece existir un cierto consenso entre los autores que han participado en la discusión en torno a tres cuestiones básicas: 1.- Que los derechos fundamentales deben tener algún alcance o grado de aplicación en las relaciones regidas por el derecho privado. 2.- Que ese alcance es necesariamente distinto en intensidad y efectos tratándose de poderes públicos y relaciones entre particulares (...). 3.- Que, en todo caso, la cuestión del efecto horizontal sólo se plantea respecto de alguno de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales o cartas de derechos humanos (...)”¹⁸⁵.

Por otro lado, otro aspecto que aparece en todas ellas es el procesal, ya que más allá de cualquier declaración principalista, la eficacia de los derechos estará condicionada por ellos¹⁸⁶. Por razones de orden y espacio, no desarrollaremos este punto en esta sección.

i.- Algunos países de la tradición continental europea

a.- Alemania

Si bien el modelo de la eficacia directa fue desarrollado y aplicado primeramente en Alemania, y desde allí ejerció su influencia hacia otras culturas, desde muy temprano fue objeto de fuertes críticas¹⁸⁷, siendo a poco andar dejado de lado y

¹⁸² Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 56.

¹⁸³ Ibid., p. 58.

¹⁸⁴ Por ejemplo, sentencias X,Y contra Holanda (1985) y A contra Reino Unido (1998).

¹⁸⁵ Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 58.

¹⁸⁶ En un sentido similar, Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 45. Muy elocuente es en este punto QUADRA-SALCEDO, quien señala que “no ofrece fácil explicación”(…) “conceder el amparo a quien ha visto vulnerado un derecho fundamental por el poder público y no concederlo, en cambio, a quien ha sufrido esa misma vulneración por parte de un particular”. Tomás QUADRA-SALCEDO (1981), ob. cit., nota 139, p. 13.

Sin embargo, nos parece que al menos en España, no procede el recurso frente a la vulneración de derechos fundamentales cometidas por los particulares, pues este está concebido para proteger a estos de las infracciones que pueda cometer el Estado. El art. 44 de la ley del Tribunal Constitucional dice que para que el recurso sea admisible, debe poder imputarse de un modo inmediato y directo a una acción u omisión de un órgano judicial.

¹⁸⁷ “La teoría de la eficacia directa fue tempranamente rechazada en Alemania”, principalmente por su prescindencia de la dimensión legal del derecho y por “propiciar inseguridad jurídica, acabar con la autonomía privada y subordinar el derecho privado al constitucional”. Julio ALEXEI, *“La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares”*, Universidad Externado de

reemplazado por una construcción jurídica distinta pero de similares consecuencias prácticas: la llamada “eficacia horizontal indirecta”, que hemos descrito en las páginas anteriores.

Este nuevo modelo, sin duda dominante en la actualidad¹⁸⁸, y en buena medida ya descrito más arriba, sostuvo que las relaciones entre particulares sólo se regían por la ley, no siéndoles aplicables directamente los derechos fundamentales. Sin embargo, cuando los jueces – al conocer de una relación entre privados – no corrigieran una situación en la que un derecho fundamental se viera afectado, podía solicitarse la intervención estatal (amparo constitucional), dado que por omisión del “deber de protección” que corresponde al Estado en materias de derechos constitucionales, el asunto había cambiado de tamiz, haciendo partícipe a un órgano público en dicha vulneración. Desde hace muchos años el modelo de eficacia directa puro ha quedado prácticamente sin defensores¹⁸⁹.

El modelo de la eficacia indirecta o mediata ciertamente permite obtener resultados muy similares a los obtenidos con la formulación anterior, pero permitió sortear las críticas que éste había sido objeto. Principalmente, en cuanto a los riesgos de pérdida de sentido de toda la normativa infra constitucional, de aumento de conflictos, de inseguridad contractual y de activismo judicial, entre otros. Al mismo tiempo, ofrecer un modelo que sigue reconociendo a los derechos fundamentales como elementos centrales del ordenamiento jurídico y como normas jurídicas vinculantes para todos los órganos del Estado, por lo que en virtud del efecto de irradiación de la constitución, la ley debía interpretarse y aplicarse a la luz de ellos. Al mismo tiempo, este modelo entrega al legislador la tarea de promover y proteger a los derechos fundamentales mediante el desarrollo de normativas de carácter infraconstitucional, las que serían, en definitiva, las que regirían las relaciones entre particulares¹⁹⁰. De esta manera, la eficacia indirecta, respeta fielmente tanto el principio de autonomía de la voluntad como el de legalidad, fundamentales en el pensamiento jurídico moderno¹⁹¹.

Colombia (2000), p. 104, citado por Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 55. Luego de que el Tribunal Federal Laboral adoptara algunas sentencias, el Tribunal Constitucional Federal Alemán la reemplazó por una más moderada.

¹⁸⁸ Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 107-138. El mismo agrega que los mayores críticos de este modelo son autores no alemanes, que sostienen que esta construcción deja subsistentes los problemas de fondo.

¹⁸⁹ Este argumento puede favorecer la figura de inconstitucionalidad por omisión, la que presentaría “notables dificultades”. Ibid., p 109.

Para dejar esta tesis de lado se argumentó que en consonancia con la tradición mundial, los trabajos preparatorios de la Ley Federal de Bonn siempre consideraron los derechos fundamentales como instrumentos para ser ejercidos sólo contra el Estado. Asimismo, cuando quiere extender la vigencia de un derecho a terceros, lo hace expresamente, como en el artículo 9.3 de la Constitución Alemana. Ibid., pp. 107-138.

¹⁹⁰ Ibid., p. 113. Aunque menciona que al menos en Portugal ha recibido consagración constitucional.

¹⁹¹ Ídem. Además, señala que ambos principios coinciden en que la fuente de la obligatoriedad jurídica radica en el libre consentimiento. Al mismo tiempo, ofreció un argumento formal para sostener que la Constitución Alemana se situaba dentro de la tradición jurídica hasta entonces existente.

En la actualidad, en Alemania el efecto indirecto opera a través de dos mecanismos. Primero, por la vinculación del juez a la constitución (efecto horizontal propiamente dicho), y segundo, por la capacidad del Tribunal Constitucional Federal Alemán de conocer sentencias de la judicatura ordinaria que han afectado derechos fundamentales (recurso de queja). En efecto, los tribunales deben interpretar la ley aceptando el efecto irradiador de la constitución, y si no lo hacen el Tribunal Constitucional Federal Alemán puede evaluar “la constitucionalidad del fallo judicial”, pero entendiéndolo como un “procedimiento de control de constitucionalidad de la actuación de un órgano del Estado”¹⁹².

b.- España

Si bien la Constitución Española (CE) es en buena medida tributaria de la Ley Fundamental de Bonn, y ambas permiten, al final del día y en distintos grados, la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas, puede decirse que la forma que han elegido para realizar esta tarea es diversa, como podremos ver a continuación.

En España, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria postulan la tesis de la vigencia inmediata de los derechos fundamentales¹⁹³.

¹⁹² Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob, cit. nota 155, p. 57-58. JANA señala que en Alemania no se ha considerado que los actos de los jueces (sentencias) sean actos públicos susceptibles de regulación constitucional, porque ahí el problema sería mayor. Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 62.

Para justificar la tesis de la eficacia indirecta, “hoy casi la totalidad de la doctrina alemana conciben los artículos 1.2 y 20 de la Constitución Alemana como carentes de fuerza normativa”. Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 109.

¹⁹³ Luis AGUIAR, *"Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español"*, Revista de Derecho Político, Nos. 18-19 (1983), p. 27. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado “claramente en favor de la eficacia entre privados, e incluso cabría afirmar que, bien que sin expresa mención de ello, en su sentido más radical, esto es, la eficacia inmediata sin necesidad de mediación legislativa, ni reinterpretación de principios generales del ordenamiento privado, arbitrando cauces procesales para poder plantearlo en sede constitucional.

Aunque han existido sentencias que parecen inclinarse por una eficacia vertical, éstas son minoritarias (STC 64/1988, FJ 1), aunque incorporan a ella algunas condicionantes y matices. No son pocas las sentencias que han señalado expresamente que estas garantías son predicables únicamente frente al poder público y que han negado su protección en las relaciones privadas. La STC 18/1984 FJ 6, señaló expresamente que estos derechos (los del artículo 24 CE): “sólo se tienen frente a los poderes públicos”; En su Auto 293/1982, de 6 de octubre, FJ 6, el Tribunal Constitucional sostuvo también que el principio de legalidad sólo se refiere a los delitos y faltas de naturaleza penal y a las infracciones administrativas. Véanse también las STC 69/1983, de 26 de julio; STC 96/1988, de 26 de mayo; STC 239/1988, de 14 de diciembre; STC 61/1990, de 23 de septiembre; STC 6/1995, de 10 de enero; y STC 120/1996, de 8 de julio (citado por Juan José ANZURES GURRÍA (2010), ob. cit., nota 4, p. 25).

Por su parte, pese a que la mayoría de los autores ejemplo, GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, sostienen que no es tan claro que los derechos fundamentales operen en el tráfico privado (si es claro la supremacía y normatividad de la CP. Jesús GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, *"Derechos Particulares y Relaciones entre Particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia Constitucional"*, Cuadernos Civitas (1986), p. 225 (citado por Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 116).

A pesar de que – a diferencia de otros países¹⁹⁴ – la Constitución Española no reconoce expresamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁹⁵, se ha sostenido que existen muchos argumentos de texto, los que leídos en forma armónica, permiten sostener la tesis de la eficacia de los derechos fundamentales en el mundo privado¹⁹⁶.

De esta manera, en un rápido vistazo al texto constitucional podremos encontrarnos con el artículo 1.1. CE, que menciona a “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” como valores superiores de todo ordenamiento jurídico español. Más adelante, el artículo 9.1 Constitución Española sujeta tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos a la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento, siendo quizá el más claro y categórico respecto a este punto. Por su parte, el artículo 9.2 Constitución Española señala que los derechos no sólo constituyen límites a la autoridad del Estado, sino que también son mandatos que éste deberá realizar en aras de promover “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (...)”¹⁹⁷.

Por último, el artículo 10.1 Constitución Española hace referencia a los valores en los que se sustenta el orden jurídico y la vida en sociedad¹⁹⁸, al referirse a “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”¹⁹⁹.

Otros autores tienen posturas eclécticas, como CLAPHAM, quien sostiene que cuando este comprometida la dignidad humana el derecho debe regir contra todos (Andrew CLAPHAM, *“Human Rights in the Private Sphere”*, Clarendon Press (1996), p. 145 y ss. (citado por Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 60).

¹⁹⁴ Como sí lo hace la Constitución de Portugal de 1976, que en su artículo 18.1 reza: “los preceptos relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas”; o como la Constitución colombiana de 1991, en cuyo numeral 86 establece la acción de tutela como medio de protección ante la violación de los derechos fundamentales cometidas por la autoridad pública o por particulares.

¹⁹⁵ Luis PRIETO SANCHÍS, *“Estudios sobre Derechos Fundamentales”*, Editorial Debate (1990), p. 216. No obstante, da un ágil giro al argumento, señalando que tampoco hay alguno que lo prohíba o limite.

¹⁹⁶ Rafael NARANJO de la CRUZ (2000), ob. cit., nota 154, p. 199.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ PUJALTE ve también cierta claridad de la eficacia horizontal planteado por la CE en este artículo, pues remover obstáculos y “exigir que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas supone desde luego reclamar que sean respetadas no solo por el Estado, sino también por los restantes ciudadanos”. Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE (1997), ob. cit., nota 7, p. 88.

¹⁹⁸ PECES-BARBA lo ve como un argumento a favor de la eficacia horizontal. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), ob. cit., nota 144, p. 628. Asimismo, este artículo es una de las evidencias más claras de la incorporación a la CE de una vertiente objetiva. Ello ha sido confirmado por STC 25/1981, FJ5; Y STC 254/1988, FJ3.

¹⁹⁹ Por todas estas razones, y muy especialmente por el carácter normativo de la Constitución y por la consagración de la dignidad humana como el valor central de la vida jurídica “los derechos constitucionales generan derechos subjetivos sin necesidad de un acto del legislador”. Rafael NARANJO de LA CRUZ (2000), ob. cit., nota 154, p. 215.

El artículo 53.1 Constitución Española²⁰⁰ ha presentado un poco más de problemas, al señalar que: “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos (...)”, haciendo una clara omisión al mundo privado y que ha generado más de alguna confusión²⁰¹.

DE DOMINGO²⁰² hace ver, muy correctamente a nuestro parecer, que esta omisión muestra una característica muy importante de la Constitución, que permite establecer una importante diferencia en las obligaciones de los particulares y de los órganos del Estado frente a los derechos fundamentales. Coincide con ello PRIETO SANCHÍS, quien señala que los derechos fundamentales no vinculan a los particulares, pues “si bien estos deben respetar el derecho ajeno, no están llamados a su satisfacción o protección”²⁰³.

De esta manera, es la propia Constitución –al hablar en el art. 9.1 Constitución Española de “sujeción”, y en el art. 53.1 Constitución Española de “vinculación”– pareciera establecer diferentes niveles de sumisión para ambos grupos²⁰⁴, dejando a los particulares sólo sujetos a la Constitución, pero no vinculados²⁰⁵, dejándolos libres del mandato de optimizar y proteger los derechos fundamentales²⁰⁶. Finalmente, indica que esta interpretación ha sido confirmada por STC 101/1983, FJ 3 y 4, y STC 177/1988, FJ 3 y 4.

²⁰⁰ Con una clara influencia del artículo 1.3 de la Constitución Alemana.

²⁰¹ Por ejemplo, para BILBAO UBILLOS, que sostiene que ello podría ser visto como un argumento a favor de la eficacia mediata. Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145.

²⁰² Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p.117.

²⁰³ La “circunstancia de que en el apartado primero (del artículo 53 de la CE) se diga que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, omitiendo cualquier referencia a los sujetos privados, no tiene (...) ningún efecto excluyente en relación con los particulares”. Luis PRIETO SANCHÍS (1990), ob. cit., nota 195, pp. 210-211.

GARCÍA de ENTERRÍA va más lejos, al señalar que el artículo 53.1 de la CE debe ser leído como un plus al estándar establecido en el artículo 9.1 CE, que es más general, y que justifica “el carácter de derecho inmediatamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una ley” para todos los derechos fundamentales. Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *“La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”*, Editorial Aranzadi (2002), p. 73.

En un sentido algo opuesto STC 5/1981, FJ 9; STC 6/1988, FJ 6; y la STC 197/1988, FJ 4.

Para BALLARÍN IRIBARREN este numeral de la carta española no se refiere en exclusiva a las violaciones de los derechos cometidos por los poderes públicos, como lo hace el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn; por el contrario, dice este autor, lo que no hay es una base textual para afirmar, con carácter general, que los derechos fundamentales se tienen sólo frente a los poderes públicos. Javier BALLARÍN IRIBARREN (1988), ob. cit., nota 131, p. 329 y ss.

²⁰⁴ El concepto de vinculación implica respetar y hacer respetar los derechos, en cambio el de sujeción sólo implica lo primero, siendo más débil. Juan Carlos GAVARA DE CARA, *“Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales de Bonn”*, Centro de Estudios Constitucionales (1994), p. 340.

²⁰⁵ Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 135.

²⁰⁶ Si a los particulares correspondiera el mismo grado de vinculación que a los órganos del Estado podría hacerse a los primeros un reproche por omisión, que pudiera llevar, por ejemplo a situaciones de responsabilidad extracontractual. (Ibid., p. 136, que hace referencia al caso Vils v. industrias Dyk).

En un mismo sentido parece ir BASTIDA, al señalar que “los sujetos obligados no son solo los poderes públicos, sino también, aunque sea de distinta forma, los particulares”. Francisco J. BASTIDA (2004), ob. cit., nota 53, p. 180.

Por tanto, “parece perfectamente conciliable que los derechos fundamentales rijan directamente frente a particulares con el hecho de que el legislador trate de regular y encauzar dicha vigencia”²⁰⁷, dado el rol más activo que el art 53.1 Constitución Española le asigna en la protección de los derechos fundamentales.

Por ello, podemos decir que mientras Alemania ha utilizado un mecanismo indirecto para lograr la vigencia de los derechos fundamentales en los particulares²⁰⁸, en España ha prevalecido la idea de que los derechos fundamentales rigen directamente en las relaciones entre particulares, pero sujetando al Estado y a los individuos en grados diferentes²⁰⁹, lo que permite la acción del legislador y la moderación de las pretensiones desmedidas del juez.

Si bien se ha dicho que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sido más enérgica para reconocer la existencia de un “orden objetivo” que para pronunciarse sobre la “eficacia horizontal”²¹⁰, existe suficiente material para sostener que existe una tendencia clara y permanente del mismo en esta materia.

La sentencia más relevante y citada sobre este punto es la STC 18/1984, que ha sido consolidada a través de numerosas sentencias posteriores. En su FJ 6, esta resolución señala que “no debe interpretarse en el sentido de que sólo sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el artículo 1o. de la Constitución *no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social (...)*”²¹¹.

Luego, por ejemplo, la STC 177/1988 FJ4, remitiéndose a la sentencia anterior añade que “de aquí que *este tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales* y que en estos supuestos los interesados puedan acceder a la

²⁰⁷ Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, pp. 118-119.

²⁰⁸ Como hemos señalado más arriba, los derechos fundamentales ingresan a la vida jurídica en el momento en que el juez (un órgano público) interpreta la ley y resuelve un conflicto al alero de los mandatos constitucionales, planteando así un modelo de eficacia indirecta o mediata.

²⁰⁹ Por ello, la Constitución Española resulta más coherente que la Constitución Alemana, pues asume las consecuencias de la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales sin tener que recurrir al “frágil equilibrio” que ofrece la teoría de la eficacia intermedia. Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, pp. 118-119.

²¹⁰ José Juan ANZURES GURRÍA (2010), ob. cit., nota 4, p. 34. Un asunto en donde el Tribunal Constitucional ha admitido una eficacia horizontal inmediata de los derechos fundamentales es sin duda en materias laborales, donde se ha reconocido que ciertos derechos como los de libertad sindical, intimidad, libertad de expresión, entre otros, limitan las facultades de dirección y organización del empresario privado. Cuando el Tribunal Constitucional declara, por ejemplo, la nulidad de un despido por violación de un derecho fundamental, reconoce expresamente que ese derecho ha sido vulnerado por el empleador en el marco de la relación laboral, no el derecho del trabajador a que el órgano judicial interprete la legislación laboral con arreglo a los valores constitucionales, ni su derecho a la correcta aplicación del sistema de fuente.

²¹¹ Luego, sin embargo precisa que “lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del artículo 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (artículo 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al Ejecutivo y a los jueces y tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas.

vía de amparo si no obtienen la debida protección de los jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos”²¹².

ii.- Algunos países del Common Law

El estudio del tratamiento dado a la vigencia de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares por parte de países herederos de la tradición del *common law* es especialmente interesante para nuestro análisis, pues pese a su permanente y explícita adhesión a la tesis de la eficacia vertical a lo largo del tiempo, en la práctica parecen estar incorporando ciertos márgenes de flexibilidad, especialmente por vía jurisprudencial, generando situaciones que se acercan al planteamiento de la horizontalidad indirecta²¹³.

Asimismo, el estudio de estos países es relevante pues en ellos la labor del juez siempre ha sido protagónica, pudiéndonos dar muchas luces sobre las tendencias y problemáticas que en el futuro nos tocarán enfrentar²¹⁴.

De esta manera, la confluencia de la tradición continental con la anglosajona es de doble vía: mientras nosotros asignamos más valor a la jurisprudencia y otorgamos más poderes y responsabilidades al juez (incluso cierto rol en la creación del derecho), ellos han comenzado a extender la vigencia de los derechos fundamentales hacia terceros y a utilizar crecientemente regulaciones escritas y detalladas, generalmente bajo la forma de Actas²¹⁵.

a.- EE.UU. y la State Action Doctrine²¹⁶

Estados Unidos es un país señalado como un claro ejemplo de eficacia vertical, lo que ha llevado a algunos autores a señalar que “La Constitución obliga sólo a los actores gubernamentales y no a los individuos privados. Fin de la historia”²¹⁷.

²¹² Esto podría ser una prueba de la eficacia indirecta por vía de los Tribunales, pero ello nos parece un asunto procesal, ya que lo que no se desconoce es la vigencia entre privados de los derechos fundamentales. Una cosa es reconocer su vigencia, y otra diferente es determinar la forma en que ellos (derechos fundamentales) van a ser tutelados. Un planteamiento similar hace Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 387 y ss.

En la STC 114/1995, FJ 2 se indica que: “ciertamente, el reconocimiento, acertado o no, de un determinado derecho fundamental o de un determinado alcance del mismo por parte de quien tiene competencia para ello puede y de hecho suele tener repercusiones, incluso notables, sobre otros derechos u otros intereses legítimos de otros ciudadanos, o incluso sobre importantes intereses sociales o colectivos”.

²¹³ Gavin PHILLIPSON (1999), ob. cit., nota 141, p. 826.

²¹⁴ Es interesante en este punto incorporar el rol de la jurisprudencia como elemento vinculante como un factor propio de sistemas donde el rol tiene un rol más activo, dado que opera como un elemento atemperador y generador de certezas y estabilidad.

²¹⁵ Ello nos permite comprobar lo sostenido en cuanto a que la mayor vigencia y profundización de los derechos fundamentales es un fenómeno creciente y global.

²¹⁶ En la elaboración de este capítulo hemos considerado el material aportado y algunos de los desarrollos realizados por Andrés BAHER en su tesis de licenciatura, bajo mi dirección, ob. cit., nota 121.

²¹⁷ Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, p. 388.

Sin embargo, la realidad es levemente diferente, pues “la jurisprudencia norteamericana ha reconocido la necesidad de modificar la rigidez de la tesis liberal, incorporando actuaciones privadas en las conductas sujetas a escrutinio constitucional, extendiendo así la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales a relaciones que, en principio y por su naturaleza privada, estaban excluidas del ámbito constitucionalmente protegido”²¹⁸.

En efecto, se considera que la Constitución solo obliga al Estado, pero cuando hay una acción del mismo que afecte derechos fundamentales, se podría exigir a las Cortes la aplicación de la Constitución y de los derechos fundamentales²¹⁹. Esta tesis ha recibido el nombre de “*state action doctrine*”, y se asemeja mucho en su lógica y efectos a la “eficacia horizontal indirecta”.

Por ello, GARDBAUM admite que en Estados Unidos “los derechos fundamentales sí tienen aplicación en los individuos privados, incluso con más fuerza que en otros países que dicen adherirse a la horizontalidad, como es el caso de Canadá. “La Constitución se aplica a todo el derecho, incluyendo el derecho privado y el derecho común (...) a pesar de que los actores privados no están obligados por la Constitución, las leyes que ellos invoquen en las acciones entre ellos sí lo están (...) Por el contrario, no puede haber ninguna causa constitucional para una acción hacia otro actor privado por incumplimiento de un deber constitucional, porque ellos no tienen deber alguno”²²⁰.

Bajo esta lógica, y para aumentar la flexibilidad de la protección y permitir alcanzar con los derechos constitucionales a una mayor cantidad de situaciones, las cortes americanas han recurrido a dos tesis: la de la compleja y difícil distinción entre actos públicos y privados (sobre todo por la existencia actos privados que cumplen una función pública, o de funciones públicas encomendadas a terceros²²¹) y la tesis de la “complicidad estatal significativa”²²².

Además, en el caso particular de Estados Unidos, los controles constitucionales a los que las Cortes someten a las leyes cada vez que conocen un caso, aumentan la posibilidad de que los derechos constitucionales afecten a las relaciones

²¹⁸ Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 61. Por ello, MARTÍNEZ ESTAY se equivoca cuando sostiene que “no deja de llamar la atención que en Estados Unidos, cuya tradición constitucional está fuera de toda duda, no se ha planteado la pregunta acerca de si los derechos fundamentales tienen o no efectos respecto de particulares. De hecho no se ha elaborado ninguna teoría al respecto (...)”. José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY (1998), ob. cit., nota 61, p. 59.

²¹⁹ Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, p. 411. La única excepción podría estar dada por la enmienda número 13.

²²⁰ Ibid., p. 421.

²²¹ Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 61-62. Sin embargo, “el criterio de la función pública lejos de haberse expandido se ha neutralizado, manteniéndose dentro de los márgenes que implican una concepción de la función estatal sumamente restringida”. Se ha entendido, por ejemplo, que las compañías eléctricas no cumplen una función pública. En ese sentido, “aunque muchas funciones han sido desempeñadas tradicionalmente por los estado, son muy pocas las que han sido reservadas exclusivamente al Estado (Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 67.

²²² Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 62.

particulares, pues la “cláusula de supremacía” obliga a toda la legislación americana a estar en concordancia con la Constitución²²³.

Sin embargo, este criterio ha sido aplicado con cautela por la jurisprudencia americana, siendo los casos que la incorporan una excepción a la regla general de la verticalidad, tanto en el sentido estadístico como conceptual²²⁴. Por ello, sigue siendo correcto decir que en Estados Unidos rige el modelo de eficacia vertical, donde “solo ante una acción estatal está permitida la protección constitucional”²²⁵.

b.- Reino Unido

El documento más importante sobre derechos fundamentales en el Reino Unido es el *Human Rights Act* o Acta de Derechos Humanos, que tiene por objeto dar efecto a los derechos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.

Este documento, siguiendo la tradición del derecho anglosajón, sólo obliga a las autoridades estatales²²⁶. Sin embargo, las cortes están expresamente incluidas en la lista de “autoridades públicas”, y como tales están obligadas a actuar de acuerdo con los derechos y valores establecidos en este documento²²⁷. En otras palabras, al momento de fallar, deberán hacerlo de acuerdo a los mandatos de la Convención²²⁸.

Sin embargo, aún no parece existir consenso sobre la forma en que la Convención debe ser invocada. Incluso hay quienes sostienen que el *common law* no puede tener diferencias con la Convención, por lo que no es necesario referirse a éste en el actuar jurisprudencial, interpretación que daría más espacios de libertad y creatividad al juez²²⁹.

iii.- Similitudes de las problemáticas y de las técnicas utilizadas para la aplicación de la legislación de la Unión Europea entre los estados miembros

A continuación, creemos pertinente dar una mirada a los problemas vinculados con la aplicación de la legislación de la Unión Europea entre los Estados Miembros. La razón de ello es que si bien ésta no incluye un problema de derechos fundamentales, desde un punto de vista técnico ofrece similitudes que nos resultan interesantes, derivadas de su supremacía frente a la legislación interna de los países.

²²³ Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, p. 421.

²²⁴ Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 65.

²²⁵ Ibid., p. 61.

²²⁶ Gavin PHILLIPSON (2003), ob. cit., nota 141, p. 826.

²²⁷ Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, p. 410.

²²⁸ Gavin PHILLIPSON (2003), ob. cit., nota 141, p. 827.

²²⁹ Ian LEIGH, “Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, No. 1, Oxford (1999), p. 83.

En efecto, a consecuencia de esta primacía, “en caso de conflicto entre el Derecho de la Comunidad y el Derecho nacional, el Derecho de Comunidad debe prevalecer (...) incluso sobre otras normas de la Constitución nacional”²³⁰.

En concordancia con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea creó y desarrolló una doctrina de *efecto directo* de los derechos y deberes establecidos por los Tratados²³¹, al menos respecto a algunos de sus puntos, dejando siempre en claro que no todas las normas del derecho de la Unión son directamente aplicables²³², debiendo para ello cumplir con el denominado *criterio de Van Gend en Loos*.

A diferencia de las regulaciones que de acuerdo al artículo 249 de la Convención Europea tienen aplicabilidad directa²³³, las directivas no pueden ser ejecutadas por los individuos si no han sido implementadas, pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que dado que el Estado tiene una obligación de implementar la directiva, el individuo puede utilizar dicha directiva en un modo similar como ocurre bajo el modelo de eficacia indirecta o mediata (acto del Estado por falta al deber de implementarla). Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado una interpretación amplia al concepto de órgano público y ha señalado que las cortes, en caso de encontrarse ante una directiva que todavía no ha sido implementada, deberán interpretar la ley nacional “de la manera más consistente con el texto y propósito de la directiva”²³⁴. De esta forma, se logra también que ellas alcancen a las relaciones entre particulares.

El parecido de estos criterios con los utilizados en materia constitucional y descritos más arriba es claro. Tanto es así, que las críticas que se le hacen también lo son: inseguridad sobre los derechos y normativas aplicables²³⁵ y posible activismo judicial en detrimento del legislador nacional²³⁶, entre otras.

3.3.3.- Toma de posición frente a la expansión de la vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre privados

La expansión de la eficacia de los derechos fundamentales al ámbito de las relaciones entre particulares ha significado un profundo cambio, de consecuencias

²³⁰ Josephine STEINER, “*Enforcing EC Law*”, Blackstone Press Limited (1995), p. 22.

²³¹ *Ibid.*, p. 23.

²³² Dichas normas deben cumplir con el criterio de “Van Gend en Loos”, el cual proviene del caso *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, del año 1963 y establece que la norma debe ser en primer lugar clara y falta de ambigüedades, y que no puede estar sujeta a condiciones. Asimismo, la ejecución de la norma no puede depender de acciones futuras que deba realizar la Comunidad o las autoridades nacionales.

²³³ Karen DAVIES, “*Understanding European Union Law*”, Second Edition, Cavendish Publishing Limited (2003), p. 24. Cabe destacar que para esta autora, “aplicabilidad directa” no deber ser confundido con “eficacia directa”. La primera se refiere a que la regulación no necesita implementación por parte del Estado miembro, mientras que para tener “eficacia directa, la regulación de todas formas debe cumplir con el criterio de Van Gend en Loos.

²³⁴ *Ibid.*, p. 53.

²³⁵ Paul CRAIG, “*Directives: Direct Effect, Indirect Effect and The Construction of National Legislation*”, *European Law Review*, Vol. 22 (1997), p. 536.

²³⁶ Karen DAVIES (2003), *ob. cit.*, nota 233, p. 54.

tanto jurídicas como culturales y políticas, y que es posible apreciar tanto en las tradiciones asociadas al derecho continental europeo como al derecho anglosajón.

Esta ampliación del ámbito de influencia de la Constitución y sus mandatos a todos los actores sociales, así como su plena vigencia como norma jurídica primaria vinculada a valores y principios, y el fuerte compromiso del Estado en su realización²³⁷, nos parece uno de los mayores cambios que ha mostrado la historia del constitucionalismo, y más allá de las problemáticas que ofrece, nos parece un avance y una tendencia mundial imposible de soslayar. Por lo mismo, nos parece que su comprensión es fundamental para realizar cualquier análisis profundo sobre derechos fundamentales, entre otros muchos²³⁸.

Sin embargo, estos cambios aún están en pleno proceso de elaboración y consolidación, por lo que no puede hablarse todavía de un perfil claro y consistente de los mismos, ni del desarrollo que tendrá en el futuro, tanto a nivel normativo, como doctrinario y jurisprudencial. Ello queda en evidencia, por ejemplo, en el hecho que tanto Alemania como España no existe una referencia expresa a esta expansión en su texto constitucional, pero en ambos países, desde los primeros años, la jurisprudencia y la doctrina -de diferentes maneras y recurriendo a variadas elaboraciones argumentales- lo ha comprendido²³⁹.

Por ello coincidimos con JANA en cuanto a que “una de las conclusiones más ciertas – tal vez la única de dichas características a la que permite llegar la discusión sobre la horizontalidad de los derechos fundamentales – es que la vinculación de los particulares a ella no tiene respuestas seguras y probablemente nunca llegue a tenerlas”²⁴⁰.

III.- Rol de los órganos jurisdiccionales en un sistema jurídico constitucionalizado.

Sabemos que en cualquier sociedad es fundamental que los conflictos que se susciten entre sus miembros tengan solución. Para que ella sea adecuada y pacífica, se encarga esta tarea a terceros, que investidos de los poderes legales y de acuerdo con ciertas normas materiales y procedimentales de justicia, emiten un veredicto cuyo contenido se prohíbe volver a discutir.

²³⁷ Para STEIN, el Estado tiene la obligación de configurar los derechos, incluso en las relaciones particulares. Ekkehart STEIN (1973), ob. cit., nota 165, pp. 242-243.

²³⁸ Podría afirmarse que ello es conveniente para realizar cualquier análisis jurídico, dada la necesaria correspondencia que debe tener todo el sistema jurídico de un país con su Constitución. Dicho de otra forma, la Constitución tiene el poder de modificar y dejar sin efecto las normas jurídicas dictadas con anterioridad y que la contravengan. Lo mismo puede valer para pactos y relaciones jurídicas ya establecidas.

²³⁹ Véase en este sentido E. W. BÖCKENDORF, “Sobre la Situación de la Dogmática de los Derechos Fundamentales tras 40 Años de Ley Fundamental. Escritos sobre Derechos Fundamentales”, trad. de J. L. Requejo Pagués, e I. Villaverde Menéndez, Baden-Baden (1993), pp. 114-116.

²⁴⁰ Andrés JANA (2003), ob. cit., nota 125, p. 70 (citando a HESSE, citado a su vez por Josep FERRER y RIBA, y Pablo SALVADOR CORDECH, “Asociaciones, Democracia y Drittwirkung”, en *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada*, Ingo von Münch y Josep Ferrer Riba, Cuadernos Civitas, Madrid (1997), p. 100.

Cuando los conflictos que analizamos tienen contenido constitucional, esta tarea institucionalizada recaerá en un órgano judicial con especiales competencias²⁴¹, que los transforma en “intérpretes auténticos o preferentes”²⁴² de la Carta Fundamental.

Debido a la creciente importancia que tienen las normas constitucionalizadas en el Derecho, y a la mayor diversidad cultural que existe al interior de cada sociedad, el abanico de posibilidades y de propuestas interpretativas también será mucho mayor.

Por lo mismo, es posible observar un aumento cuantitativo de conflictos de naturaleza constitucional, lo que inevitablemente da a los jueces y tribunales un protagonismo cada vez mayor en la vida social, política, económica y cultural de cada país, acercándonos de alguna manera a una situación desde antiguo conocida en el modelo del *common law*²⁴³.

Bajo estas circunstancias, un asunto central en la vida política y social moderna será el rol asignado a los jueces, y las exigencias y márgenes de libertad que planteemos a su labor.

Serán especialmente relevantes la estructura y competencias que demos a los Tribunales Constitucionales (o los que ejerzan funciones de interpretación constitucional), de quienes incluso se ha sostenido que ejercen una función a veces política, a veces judicial, y a veces legislativa, y que requeriría de una técnica interpretativa específica, así como de múltiples nuevos ajustes en la forma de comprender y aplicar el Derecho.

Para poder analizar estas cuestiones, nos detendremos previamente en algunos aspectos capitales de la teoría de la interpretación.

3.1.- Preferencia legislativa e inevitabilidad del protagonismo judicial

La Constitución entrega a los órganos del Estado responsabilidades y competencias diversas en la tarea de tutelar y promover los derechos que consagra.

Obviamente, la participación y responsabilidades que quepan al legislador y a la judicatura serán las de mayor importancia, y pese a la atención que en muchos autores ha llamado el creciente protagonismo por esta última, sobre todo en la práctica, nos parece que es en el legislador en donde sigue radicado el rol más activo y preponderante en esta tarea²⁴⁴.

²⁴¹ Dado el efecto irradiador que las disposiciones constitucionales tienen sobre todo el ordenamiento jurídico, se podría sostener que en alguna medida todo juez tiene atribuciones constitucionales.

²⁴² El concepto de interpretación auténtica, como diferente a la realizada por la doctrina y otros actores, proviene de Hans Kelsen (1986), ob. cit., nota 30, p. 354.

²⁴³ RUBIO LLORENTE ha señalado que “una judicialización del ordenamiento que nos aproxima a la tradición jurídica anglosajona”. Citado por Luis AGUIAR (1983), ob. cit., nota 193, pp. 17-18.

²⁴⁴ Según HESSE, “al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en

Más allá de la imposibilidad y dificultad de regular cabalmente todas las situaciones que la realidad pueda ofrecernos, y que nos llevarán inevitablemente a que muchos de los conflictos sean, en definitiva, resueltos en sede judicial, estimamos que, como regla general, hay buenos motivos prudenciales para preferir que la tutela venga dada primariamente por vía de la intermediación de la ley.

Sin dejar de reconocer que las normas constitucionales que vinculan al juez y al legislador son las mismas, y sabiendo que el contenido de los derechos fundamentales podría permitir resolver cualquier disputa, todo indica que el desarrollo, delimitación, reglamentación de los derechos fundamentales por la vía normativa trae aparejada importantes ganancias en seguridad, precisión, estabilidad, generalidad y legitimidad de la norma. El legislador tendría, en general y comparativamente, una mayor legitimidad y aptitud que el juez para determinar y precisar su alcance y contenido, así como para irradiar las disposiciones iusfundamentales.

Por el contrario, si dejásemos sólo en manos del intérprete judicial la determinación de la extensión y desarrollo de los mandatos constitucionales, se abriría un espacio para la inseguridad jurídica, para el casuismo y la impredecibilidad, contrario a cualquier idea de derecho y por lo tanto contrario también a cualquier Constitución.

Por ello, otorgar al legislador un rol preferente en la materialización de los derechos fundamentales nos permitiría evitar muchas de las críticas que se han cernido sobre la operatividad directa de los derechos en el ámbito de la vida cotidiana y sus conflictos, y, en especial, de los que surgen de relaciones entre particulares²⁴⁵.

Cabe recordar que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales están generalmente formuladas sobre la base de enunciados y conceptos generales, de carácter abierto e incompleto, que pueden llegar incluso a lecturas contradictorias. El propio PRIETO SANCHÍS, defensor de la operatividad directa de los derechos fundamentales, sostiene que “(...) casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria”²⁴⁶.

En ese esquema, el intérprete, o si se quiere, los órganos del Estado encargados de hacer cumplir la Constitución, tienen en sus manos un amplio abanico de posibilidades de actuación, tanto en la concreción de mínimos, como en la solución de controversias, interpretación y reglamentación²⁴⁷.

Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada”. Konrad HESSE (1995), ob. cit., nota 408, p. 64.

²⁴⁵ La ley es una especie de ponderación, por lo que una vez que esta ha sido realizada, el juez no puede ponderar sobre ella, sino que debe limitarse a subsumir el caso en esa norma ya existente. Luis PRIETO SANCHÍS, *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*, Trotta, Madrid (2003), p. 197.

²⁴⁶ Luis PRIETO SANCHÍS, *“El Constitucionalismo de los Derechos: Ensayos de Filosofía Jurídica”*, Trotta, Madrid (2013), p. 219.

²⁴⁷ Luis PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 245, p. 218. Mayor desarrollo en *“Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*, Trotta, Madrid (2003), p. 175 y ss.

Esta pluralidad de posibilidades no puede ser otra cosa que una apuesta por la racionalidad jurídica de todos los actores involucrados, y muy especialmente jueces y legisladores, a quienes se ha encomendado esta tarea de modo particularmente intenso. Ambos deberán buscar la solución óptima en consonancia con esas razones²⁴⁸, asumiendo, al mismo tiempo, un deber de justificación y argumentación de cara a la ciudadanía.

Además de la razón expuesta, asociada a los riesgos de creación del derecho por parte del juez en base a los preceptos constitucionales, debemos mencionar otra de diseño institucional, que a pesar de su sencillez no deja de ser contundente: nada indica que nuestro modelo político haya querido dotar de poderes omnímodos a la judicatura, en tan crítico desmedro del poder legislativo, que al final del día, sigue gozando de una legitimidad democrática directa y sustancialmente mayor²⁴⁹.

La preferencia que el legislador tiene frente al juez en cuanto a determinar el contenido y sentido de los derechos constitucionales no se aleja mucho de los postulados positivistas y críticos al neoconstitucionalismo más extremo o material, pues “el positivista no estima que los enunciados de la constitución le digan mucho al legislador y poco al juez, pues lo que de indeterminado, por vago o ambiguo, hay en ellos, indeterminado es para el uno y para el otro. Lo que el positivista establece es una regla de preferencia a la hora de establecer quién tiene la suprema palabra, en lo que la Constitución, en su dicción, no determine, y tal prioridad la otorga al legislador por las razones políticas que he mencionado, lo que se traduce para los jueces, y en especial para las cortes constitucionales, en una invitación al *self-restraint*”²⁵⁰, pues si “quien tiene la palabra última no *reconoce* la superioridad de la palabra (no contradictoria con el tenor de la Constitución) del que tiene la legitimidad mayor, no habrá más derecho de quien tiene la última palabra”²⁵¹.

3.2.- La intervención del legislador como requisito de la intervención judicial: Competencias y facultades jurisdiccionales

Por otro lado, sabemos que los distintos órganos del Estado deberán estar dotados de las competencias y recursos necesarios para la defensa y promoción de los derechos fundamentales, de acuerdo con la política que se haya diseñado para tal efecto²⁵². Sin esta determinación de facultades, legalmente establecida, los órganos del Estado no podrían actuar en forma legítima.

²⁴⁸ Luis PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 246, p. 219.

²⁴⁹ Interesante recordar la propuesta de J. WALDRON en cuanto a tener un parlamento sin Constitución, dado el alto grado de arbitrariedad que los jueces podían realizar invocando sus preceptos. Citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 246, p. 218.

²⁵⁰ De acuerdo con GARCÍA AMADO, “es un modo, necesariamente sutil y fijado a las buenas intenciones, de combinar la superior palabra del legislador con la última palabra de los jueces”. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 40, p. 244.

²⁵¹ Ídem.

²⁵² La intervención de los poderes públicos muchas veces se halla condicionada a la intervención previa del legislador, quien es el primer intérprete y configurador de una determinada política de derechos fundamentales. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48. H. H. KLEIN, “*Die Grundrechtliche Schutzpflicht*”, Deutsches Verwaltungsblatt, No. 9 (1994), p. 491: “sólo a través de la ley

Desde un punto de vista estrictamente procedimental la intervención previa del legislador es un requisito para la actuación del juez, pues sin una estructura institucional definida este ni siquiera tendrá facultades. Sin las competencias adecuadas, o sin las acciones procesales a disposición de los afectados, poco podrán hacer los tribunales²⁵³.

Por ello, el legislador debe ofrecer a la judicatura herramientas que le permitan resolver los conflictos en armonía con la Constitución, determinando su campo de acción y sus posibilidades. Al precisar, limitar y regular el ejercicio de los derechos en forma suficientemente completa y extensiva, disminuirán las posibilidades de interpretación y aplicación directa de la Constitución por parte del Tribunal, o el uso de analogías y otros recursos integrativos que introduzcan elementos de incertidumbre. En caso de que el legislador no realice esta tarea, las facultades interpretativas y creativas de los Tribunales serán considerablemente mayores, situación que es posible ver, por ejemplo, en los casos de los llamados “vacíos legales”²⁵⁴.

En estos casos, parece evidente que la vigencia y la efectividad material de los derechos fundamentales no puede quedar suspendida²⁵⁵, por lo que parece razonable que los jueces apliquen la Constitución en forma directa²⁵⁶. La

o sobre la base de una ley se encuentra el Estado facultado para combatir activamente las conductas privadas que suponen una amenaza para un bien jurídico” (citado por José Juan ANZURES GURRÍA (2010), ob. cit., nota 4, p. 2).

²⁵³ María DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ, en su prólogo al libro de Lorenzo BUJOSA, destaca que para el autor el convenio no es ni puede ser un conjunto de disposiciones normativas que proclamen un inventario de derechos y libertades fundamentales “sin posibilidades reales y efectivas de llevarlas a la práctica”. Además, señala que su objetivo es operativo y normativo, que se realiza por la búsqueda de un estándar mínimo común aplicable a todos los Estados miembros Lorenzo M. BUJOSA (1997), ob. cit, nota 80, p. 13-14.

²⁵⁴ Es decir, en aquellos casos donde no exista una ley que resuelva el asunto o una acción procesal para hacer valer los derechos.

²⁵⁵ Los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente no pueden depender del desarrollo que tenga la normativa infraconstitucional, pues en ese caso, en realidad la Constitución no sería normativa y los derechos fundamentales serían legales (y no constitucionales). Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 297: “No se puede descartar la hipótesis de una eficacia inmediata, aunque sea residual, de los derechos fundamentales frente a terceros”.

²⁵⁶ Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, p. 437. PRIETO SANCHÍS, explicando y criticando la posición de FERRAJOLI, señala que: “la *interpositio legislatoris*: las cláusulas materiales de la Constitución y, en particular, los derechos fundamentales tienen fuerza normativa, generan obligaciones, pero en principio sólo frente al legislador; para que un juez ordinario pueda resolver un caso a la luz de la Constitución, es decir, para que ésta resulte aplicable, es precisa una legislación de actuación. No cabe deducir de modo directo deberes u obligaciones a partir de derechos fundamentales porque todas las Garantías, tanto primarias como secundarias, han de ser previamente diseñadas por el legislador, es decir, han de estar “puestas”. Luego agrega que: “Algún pasaje de *Principia Iuris* parece avalar esta interpretación: los derechos fundamentales “requieren siempre, como primer y prejudicial cumplimiento, una legislación de actuación, primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes Garantías, respectivamente primarias y secundarias»; algo que ocurre no sólo con los derechos sociales, siempre necesitados de desarrollo, sino también “con los derechos individuales, tanto civiles como de libertad, los cuales exigen la introducción de las respectivas prohibiciones” Vol. II, pp. 78-79. Esta necesidad de una «legislación de actuación» obedece al carácter monodinámico del derecho, donde la existencia de una norma no puede ser

intervención judicial podrá ser más activa en los casos donde la omisión de actuación pudiera generar una clara situación de vulneración más grave del derecho.

Ello demuestra la perfecta compatibilidad entre la tesis de vigencia directa de los derechos y los argumentos esgrimidos en cuanto a la conveniencia, por razones prácticas y de efectividad de los propios derechos fundamentales, de una regulación legal. En efecto, tanto el juez como el legislador, además de los órganos del Estado, deben actuar en todo momento para promover y proteger estos derechos, y es natural que se privilegie el mecanismo que permite que ello suceda en la mejor forma posible.

De esta manera, junto con señalar las ventajas de una regulación general y previa a la intervención judicial, podemos seguir considerando verdaderas afirmaciones como la de JIMÉNEZ CAMPO, en cuanto a que “una buena parte de la doctrina académica y, desde el principio, el Tribunal Constitucional vienen manejando al idea de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas como rasgos distintivos de los derechos fundamentales respecto a otro tipo de enunciados de la Constitución”²⁵⁷.

En este sentido, PRIETO SANCHÍS señala que las Constituciones necesitan regularmente leyes que las desarrollan, pero en el caso de los principios y derechos (a diferencia de las instituciones) ellos son siempre operativos, aun sin normativa de desarrollo. Agrega que los derechos fundamentales genera obligaciones directas e indirectas. Entre las primeras están aquellas garantías básicas e indispensables para la existencia del derecho. Entre las segundas, la obligación que impone al legislador para que genere garantías primarias y secundarias para especificar y desarrollar el derecho²⁵⁸.

deducida a partir de otra norma, “sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción”. En Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 334.

Como crítica a lo postulado por FERRAJOLI, señala que hacer depender los derechos fundamentales a la ley “resultaría de una insoportable rigidez para el neoconstitucionalismo, que defiende con todo vigor la tesis de la aplicación directa e inmediata de la Constitución y muy especialmente de sus derechos de libertad (...). En palabras de un muy influyente autor español: “la Constitución (tiene) un valor normativo y vinculante directo”; “es una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma”; un derecho fundamental “tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 335.

²⁵⁷ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “*Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*”, Trotta, Madrid, 1999, p. 21. MENDOZA ESCALANTE señala que los derechos constitucionales son derecho vigente y aplicable, por lo que si las normas legales ordinarias enuncian o desarrollan los mismos derechos, son normas redundantes, pero no convierten a los derechos fundamentales en materia de consagración legal. Ello sucede con los casos de regulación o delimitación, pero aunque ello signifique que “la norma de derecho fundamental se conforma así de un modo complejo, ello no la transfiere al ámbito de la legislación ordinaria”. Por ello, si la Constitución es fuente de derecho, todos los jueces son jueces constitucionales y de hecho resuelven controversias sobre derechos fundamentales. Mijail MENDOZA ESCALANTE, “*La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*”, Revista Pensamiento Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú (2005), pp. 22-23.

²⁵⁸ Corroboraría lo anterior la STC 15/1982 FJ 7: “El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al

El trabajo de concretización y configuración operativa de los derechos realizados en sede judicial y legislativa serán, por tanto, complementarios.

De hecho, incluso sosteniendo que la legislación es un mejor mecanismo de desarrollo y definición de los derechos constitucionales, sabemos que nunca será posible cubrir todas las situaciones posibles en forma general y anticipada, lo que vuelve una vez más indispensable la labor del juez.

En un ordenamiento jurídico constitucionalizado, ello es especialmente agudo, pues las partes invocarán diversos derechos constitucionales para justificar o reforzar sus pretensiones, generando una típica situación de conflicto o “colisión de derechos”²⁵⁹. Al final del día, frente a un caso concreto, siempre será el juez quien deba interpretar las normas y resolver los principios y argumentos en contradicción, recurriendo para ello a las diferentes técnicas puestas a su disposición. Por ello, el derecho cobrará vida por medio de una intervención conjunta de la norma y del trabajo judicial, donde la participación de uno o el otro podrá ser más o menos intensa.

3.3.-La influencia del *common law* en la concepción del rol del juez

Se ha señalado que bajo la influencia del modelo de las “constituciones de principios”, el mayor protagonismo que asume el juez y la correlativa pérdida de omnipotencia de la norma y del legislador, ha llevado a nuestros ordenamientos, especialmente en lo que dice relación con la forma de concebir el trabajo del juez, a parecerse cada día más a los del *common law*²⁶⁰.

Esta semejanza ha permitido acallar muchos temores relativos al creciente activismo judicial, porque pese al cambio que esto significa respecto a muchos de los patrones clásicos del Derecho continental, el sistema jurídico anglosajón se presenta en general como sólido, estable y predecible, presentando además niveles de satisfacción a nivel de usuarios que resultan más que aceptables.

En la tradición del *common law*, el protagonismo del juez como agente creador de derecho ha sido un elemento permanente y primordial.

Como un elemento compensador de la inestabilidad que podía surgir del mismo, el respeto a los precedentes y a la tradición se ha levantado como una característica típica de estos sistemas, alejando los fantasmas de arbitrariedad y subjetivismo, y otorgando al derecho un alto nivel de continuidad, predictibilidad y estabilidad.

Estas fuerzas en tensión –protagonismo judicial y respeto a los precedentes– han dado como resultado un sistema que valora la capacidad de los jueces para ir adecuado el derecho a las realidades sociales en forma paulatina, comprendiéndolo

legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, pp. 334-335.

²⁵⁹ Aquí usamos el nombre genérico para un conjunto de situaciones que desarrollaremos más adelante. Pero en general, preferimos entender el problema como conflictos de pretensiones jurídicas fundadas sobre derechos constitucionales y cuyos resultados operativos resultarían excluyentes.

²⁶⁰ Luis AGUIAR (1983), ob. cit., nota 193, pp. 17-18.

como un orden dinámico, práctico, conectado con la realidad social y cultural que rige, y que por lo mismo, es imposible de contener en reglas y fórmulas rígidas²⁶¹. Por lo mismo, cualquier solución o aplicación dada en el contexto de un caso concreto, debe ser comprendida como un “momento” de la evolución histórica del Derecho, y no como una regla universal, permanente e inmodificable.

La existencia de brechas de desarmonía entre los propósitos de los autores y la aplicación actual de las normas, será, por tanto, una situación habitual y esperable (cuestión que ciertamente será criticado por las escuelas valoradoras de la voluntad del autor como el principal elemento legitimador de la interpretación).

En un esquema completamente distinto, ciertamente influido por la tradición de Justiniano²⁶² y profundizado por la desconfianza hacia el poder y una fuerte fe en la razón y en las normas, el positivismo europeo desconfió de la discrecionalidad judicial y propició un esquema de aplicación del Derecho más rígido y reglamentado, donde la certidumbre y predictibilidad del comportamiento judicial (y del Derecho) son valores primordiales. Ello ha dado lugar a un modelo jurídico culturalmente muy diferente al anglosajón y norteamericano²⁶³, que ha sido necesario modificar sustancialmente para permitir la influencia del constitucionalismo moderno y su “revolución de los derechos fundamentales”²⁶⁴.

²⁶¹ El derecho es un producto cultural e histórico que sólo puede entenderse en sus propias y particulares circunstancias. Dado que ellas son cambiantes, debe entenderse en forma global y crítica. Esta necesidad es más patente quizá en el common law, dado el especial respeto que muestra hacia la tradición, el pasado y el precedente. Sin reconocer a la jurisdicción una cierta capacidad revisionista, correría riesgo de rigidez y obsolescencia.

²⁶² El derecho romano permitía la existencia de múltiples soluciones a un caso concreto hasta la unificación realizada por Justiniano, que impuso la lógica de las “soluciones únicas”. Antes de eso, podría decirse que el derecho romano se asemejaba más a la medicina que al derecho positivista conocido durante muchos siglos posteriores.

²⁶³ Jerome FRANK, por ejemplo, hace evidente esta diferencia, al burlarse de los anhelos de seguridad que muestran los juristas europeos. Para él, antes que en leyes, el derecho debe vincularse antes a la capacidad personal del juez en su “arte de hacer justicia”. Un mayor desarrollo del pensamiento de este autor se encuentra en José Ignacio SOLAR CAYÓN, “*El Realismo Jurídico de Jerome Frank: Normas, Hechos y Discrecionalidad en el Proceso Judicial*”, Boletín Oficial del Estado (2005).

²⁶⁴ Prólogo Miguel CARBONELL a libro de Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 23 (citando a Charles R. EPP, “*The Rights Revolution. Lawyers, Activies and Supreme Courts in Comparative Perspectives*”, Chicago Press (1998). En concreto, CARBONELL habla de dos revoluciones de los derechos en EE.UU.: la primera, comenzó con la “constitucionalización de los derechos fundamentales en cada estado, proceso que concluyó con la incorporación a la Constitución Federal con un listado en 1791 (complementado luego al finalizar la Guerra Civil, a fines del 1800). La segunda ocurre a mediados del siglo pasado (*Brown v. Board*, de 1954, sobre segregación en las escuelas, es una de las altas cumbres en este sentido (...) hasta el año 1973, con *Roe v. Wade*, la llamada Corte Warren prólogo (citando para esto a M. TUSHNET (ed), “*The Warren Court in Historical and Political Perspectives*”, Virginia Press (1993).

IV.- Materialización de los derechos fundamentales. Especial referencia a la justicia constitucional²⁶⁵.

El rol que juegan los Tribunales Constitucionales en los sistemas jurídicos modernos es crucial, y supera con creces la misión con que fueron concebidos originariamente, como organismos auxiliares del poder legislativo, cuya función primordial consistía en velar por la corrección formal de las leyes²⁶⁶.

Frente a los Tribunales Constitucionales contemporáneos, el modelo kelseniano presenta, al menos, dos importantes diferencias: la primera de ellas tiene que ver con la expresa preocupación de proteger la autonomía del legislador frente a cualquier posible limitación o interferencia²⁶⁷; la segunda, dice relación con su carácter meramente conceptual, alejado del “discurso de aplicación”, que impedía a

²⁶⁵ En esta parte seguiremos en buena medida a PRIETO SANCHÍS, especialmente en “*Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*”, Doxa, No. 23 (2000), p. 173, y en PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48. Los conceptos que acá vertimos y que se refieren al Tribunal Constitucional no deben limitarse sólo a los tribunales que reciben típicamente ese nombre, especialmente relevantes en los sistemas europeos y latinoamericanos. Por el contrario, mucho será aplicable a todos los que en algún grado ejerzan alguna función o tengan una competencia constitucional.

“Deben incluirse por extensión a los tribunales constitucionales de control concentrado, de tipo europeo y surgidos en el siglo XX, también a los jueces facultados para el control de constitucionalidad y la resolución de problemas y casos relativos a derechos fundamentales, y en especial a las Cortes Supremas, como ocurre en el sistema de control difuso, surgido en el siglo XIX, y de amplia utilización, a este efecto, en países como Estados Unidos y Argentina”. Gabriel MORA-RESTREPO, “*Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales*”, Marcial Pons (2009), p. 37.

²⁶⁶ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 167-168. Este autor explica clara y sintéticamente el modelo original de Tribunal Constitucional, señalando que “el contexto de la Europa de los años 30 explica la opción kelseniana y seguramente la opción posterior de las Constituciones alemana e italiana. Dicho contexto venía caracterizado por dos notas fundamentales: el fracaso del Tribunal Constitucional (“*Staatsgerichtshof*”) de la República de Weimar (...) (que) obedeció más a motivos políticos que de técnica jurídica (...); y, segundo, el creciente activismo de los jueces ordinarios en el control de la ley, influidos por la Escuela Libre del Derecho, donde el juez media entre el Derecho y una supuesta conciencia popular, pudiendo incluso dictar sentencias *contra legem*.”

²⁶⁷ PRIETO SANCHÍS nos dice también que “la jurisprudencia alemana de los años 30 pone de relieve que el control jurisdiccional de la ley fue realizado como un examen de la “justicia” o justificación de la ley a partir de parámetros extra constitucionales, como la “naturaleza de la cosa” o la “conciencia jurídica de la comunidad”. Seguramente es esta experiencia la que en buena medida explica que el diseño constitucional de KELSEN no pierda nunca de vista ni la primacía de la ley ni las prerrogativas del legislador, y de hecho el opúsculo de 1931 en respuesta a Schmitt. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 168.

De hecho, para KELSEN, en las facultades del Tribunal Constitucional “está ausente casi por completo (...) la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes (...), la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución (...) se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho” (H. KELSEN, “*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*” (1928), en Escritos sobre la Democracia y el Socialismo, edición de Juan Ruiz Manero, Debate, Madrid (1988), p. 131), citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 169.

los Tribunales Constitucionales conocer hechos y motivaciones (por lo que no había en sus procedimientos espacios para la prueba²⁶⁸).

Estas características eran plenamente consistentes con la idea de un legislador soberano y poderoso, y con un modelo jurídico donde la Constitución era concebida más como declaración general de intereses antes que como norma, al menos en lo material. Bajo esa estructura, legalista y “soberanista”, el legislador tenía amplia libertad para dictar todo tipo de leyes, incluso inconstitucionales. No se planteaba como una función del Tribunal Constitucional ni como una necesidad del ordenamiento jurídico el evitarlo²⁶⁹.

Por todo ello, sólo es parcialmente cierto que los Tribunales Constitucionales contemporáneos estén contruidos sobre el ideal kelseniano, aunque su institucionalización como entidad autónoma y de competencias concentradas indudablemente tuvo que ver con éste²⁷⁰.

El actual diseño es más parecido al esquema norteamericano de la *judicial review*, que concibe una judicatura potencialmente activa y creativa, capaz de limitar la autonomía del legislador y de los tribunales, asumiendo un activo rol en la protección de los derechos fundamentales.

Naturalmente, lo sucedido no es accidental, sino que está asociado a un cambio más profundo sobre las ideas de sistema político, Constitución y rol del Estado y de las personas.

Para efectos de nuestro estudio, los cambios más importantes tienen relación con el carácter jurídico dado a los enunciados constitucionales de mayor contenido

²⁶⁸ En palabras de GASCÓN, “el rasgo definidor del sistema kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la ley” Marina GASCÓN ABELLÁN, “*La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción*”, en Revista Española de Derecho Constitucional, No. 41 (1994), p. 64 (citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 169).

²⁶⁹ KELSEN sabía que bajo este modelo podían proliferar leyes inconstitucionales, y que la defensa de los derechos fundamentales requería juicios de otra naturaleza, sobre todo concretos y no abstractos. De hecho, en la segunda edición de la “*Teoría Pura del Derecho*”, KELSEN reconoce que “sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que por su contenido lesiona la igualdad o la libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo”, pero añade que “obligar jurídicamente a un órgano legislativo colectivo a no dictar leyes inconstitucionales es ya casi imposible por motivos técnicos, y de hecho no se impone tal obligación” (citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 169, cita 30).

²⁷⁰ “Aunque pueda parecer paradójico escuchando las cautelas que expresa HABERMAS y cuantos ven en la justicia constitucional un riesgo para las prerrogativas del legislador, así como el renacimiento de un incontrolable derecho natural que cada cual interpreta a su manera, lo cierto es que, al menos en Europa, el modelo de Tribunal Constitucional es el invento de un positivista convencido y, sobre todo, de un defensor a ultranza del legislador democrático frente al activismo judicial y frente a la autonomía del Gobierno. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 167.

material, desde donde influyen a todo el sistema legal²⁷¹, propiciando de este modo el desarrollo de un verdadero estado de garantías²⁷².

Incluso podría señalarse que la utilización de la técnica de la ponderación en el plano de los discursos de aplicación, ha permitido al juez ordinario convertirse en un juez con competencia constitucional, pues en cada norma y en cada argumento podrá verse una vinculación con los principios²⁷³.

Sin embargo, para que el carácter normativo de la Constitución y de sus normas se respete, al final del día dependerá de los mecanismos de control que la propia Constitución haya concebido para ello, dentro de los cuales destaca, con algunas diferencias, el Tribunal Constitucional, cuyo mandato o misión fundamental será el de velar por el cumplimiento de la Constitución.

Bajo este esquema podrá desarrollarse una suerte de “omnipresencia de la Constitución”, donde “ningún problema o conflicto jurídico más o menos serio dejará de encontrar alguna orientación de sentido en la amplia panoplia de principios”²⁷⁴. En ese esquema, el Tribunal Constitucional tendrá una función de creciente relevancia, que irá en perjuicio de los demás poderes tradicionales²⁷⁵, y

²⁷¹ Ello provoca una situación de “omnipresencia de la Constitución”, donde “ningún problema o conflicto jurídico más o menos serio dejará de encontrar alguna orientación de sentido en la amplia panoplia de principios”. Ibid., p. 173.

²⁷² Señala PRIETO SANCHÍS que “sin prejuzgar cuál haya de ser el modelo más adecuado de justicia constitucional e incluso si ha de existir alguno en el plano del juicio abstracto de leyes o puede ser el propio Parlamento quien se autotutele, lo que sí creo es que la defensa de los derechos fundamentales frente a todos y, por supuesto, también frente al legislador representa una exigencia insoslayable del Estado de Derecho entendido como un Estado de Garantías (...). Suscribo en este aspecto la opinión de FERRAJOLI: una concepción material de la democracia, o sea, una concepción no meramente procedimentalista ha de ser “garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría” y esa Garantía sólo puede ser operativa con el recurso a la instancia jurisdiccional (Luigi FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1990, p. 23 y ss.). Ahora bien, más allá de esto, decidir qué grado de protagonismo pueden tener los jueces, o ciertos jueces, en la legislación negativa o positiva a través de controles abstractos, es algo más discutible y que puede depender de otras consideraciones circunstanciales, como en primer lugar el juicio sobre la bondad de la rigidez constitucional, sin excluir tal vez las propias expectativas sobre el comportamiento de jueces y legisladores. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 189.

²⁷³ VALLDECABRES sostiene que sólo el Tribunal Constitucional, y no los Tribunales ordinarios manejan conflicto de derechos. Por lo tanto sólo hay conflicto cuando no hay una norma que resuelva el caso (balanceo ya hecho por el legislador). Isabel VALLDECABRES ORTIZ, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, Tirant lo Blanch (2004), p. 396.

²⁷⁴ En un sentido similar, ver Luis PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid (2005), p. 132.

²⁷⁵ “La Constitución irradia y orienta la vida estatal, social, política y jurídica, pero bajo la sabia y prudente guía del tribunal constitucional, quien es el que en última instancia realiza, en una evaluación de carácter judicial a la luz del propio texto constitucional, la pertinencia de la producción o actuación de los diversos órganos del Estado”. Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA, *La Hermenéutica y el Operador Jurídico en el Nuevo Esquema Constitucional. Pautas a Considerar para el Logro de una Adecuada Interpretación Jurídica*, Opinión Jurídica 8, No. 15 (2009), p. 83.

Adicionalmente, “podría afirmarse que el constituyente, sin perjuicio del papel que pueda corresponder en el plano político a las mayorías parlamentarias, ha dejado en manos del Tribunal

que permitirá sostener que “una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte”²⁷⁶.

Sin embargo, esto no es fácil cuando su texto refleja una serie de elementos ambiguos e indeterminados, susceptibles de ser interpretados en maneras muy diversas²⁷⁷. Volveremos sobre este punto más adelante.

1.- Doble rol del Tribunal Constitucional: Jurisdiccional y legislativo

Como bien apunta PRIETO SANCHÍS²⁷⁸, al menos en el Tribunal Constitucional español pueden observarse dos funciones, claramente diferenciadas en sus características, métodos, y efectos. Las llama función legislativa y función judicial, utilizando una distinción que a nuestro parecer tiene un objeto sobretodo didáctico, la cual incluso admite concepciones intermedias:

1.- *Función Legislativa*. La función legislativa del Tribunal Constitucional es aquella que se ejerce frente al Parlamento como único posible destinatario, a través del control abstracto de constitucionalidad de las leyes. En este esquema, el Tribunal Constitucional ejerce un rol similar al concebido por KELSEN en el proceso de creación normativa, constituyendo un elemento estructural del mismo, aunque en el modelo de KELSEN este era básicamente formal²⁷⁹.

El ejercicio de esta función permite poner límites al legislador en cuanto a la creación de normas, señalando qué materias y qué tipo de normativas quedan *fuera del debate político*, por ser incompatible con los valores y mandatos constitucionales.

Podríamos describir a esta función como de “encuadre” de la actividad política y legislativa, y por lo mismo, se ejerce sólo negativamente, mediante prohibiciones *ad-hoc*²⁸⁰ que no se pronuncian ni toman partido por soluciones específicas.

Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los derechos fundamentales acorde con la Constitución”. Luis AGUIAR (1983), ob. cit., nota 193, p. 18.

Algunos autores han señalado que esta transferencia de poderes desde el poder legislativo hacia la actividad interpretativa, generando un mayor protagonismo de la doctrina (academia y judicatura). Dado que esta tiene en buena medida base iusfundamental, los derechos fundamentales se han transformado “en un argumento central de la argumentación jurídica”. Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, “*Supuestos Conflictos de Derechos Humanos y la Especificación de la Acción Moral*”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, No. 2 (2010), p. 313.

²⁷⁶ Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA (2002), ob. cit., nota 203, p. 186.

²⁷⁷ Gabriel MORA-RESTREPO, “*Razonamiento Jurídico e Interpretación Constitucional. Elementos de Justificación en la Interpretación Constitucional*”, (inédito); Gabriel MORA-RESTREPO (2009), ob. cit., nota 265, p. 37.

²⁷⁸ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 176 y ss.

²⁷⁹ Ibid., p. 179. Además, “en estos casos, la sentencia del Tribunal Constitucional tiene efectos directos sobre el ordenamiento, (de un modo negativo), pero determina la ley, es decir, alcanza a “la premisa mayor de los futuros actos de interpretación”. Y añade que “Puede decirse así, las interpretaciones del Tribunal Constitucional no se presentan como argumentaciones externas sobre un objeto cierto, sino como argumentaciones que desde dentro conforman ese objeto”.

²⁸⁰ Un estricto control negativo por parte del Tribunal Constitucional puede conducir a resultados poco razonables, como bien lo demuestra Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 283.

Pronunciándose sólo sobre aquellas opciones que resultan jurídicamente inaceptables, quedarán disponibles numerosas posibilidades constitucionalmente, dentro de las cuales podrán plantearse legítimas diferencias y elecciones dentro de las particularidades y preferencias propias del proceso político²⁸¹.

Al llegar a este punto nos encontraremos con que una vez más, la línea divisoria entre lo constitucional y lo político, aunque existe, no resulta nítida, y dará espacios a nuevas interpretaciones y diferencias, de no fácil solución. En este sentido, resulta interesante lo señalado por PRIETO SANCHÍS al respecto: “creo que es equivocado pensar que entre el ámbito de lo innegociable y el ámbito de lo político existe algo así como una frontera constitucional siempre nítida (...) suponer que hay materias de justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar un cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático; pero suponer que existen “materias” de la política inaccesibles para el juez resultaría con toda seguridad muy poco constitucional”²⁸².

HABERMAS critica este ejercicio de funciones propias del soberano (o del legislador como representante del mismo) a un grupo reducido de personas, señalando que esta función de control abstracto sólo podría darse en forma interna del proceso legislativo y como parte de su institucionalidad orgánica, pero jamás imponiéndose externamente al proceso deliberativo político. Es decir, el Tribunal Constitucional ante todo debiera ser una especie de guardián del proceso democrático ²⁸³.

PRIETO SANCHÍS critica que siguiendo esta fórmula HABERMAS propone “renunciar a la más poderosa técnica hoy utilizada en defensa de los derechos fundamentales y de los principios materiales de la Constitución para confiar dicha tarea a un Tribunal concebido más bien como la cúspide de la justicia ordinaria (...) en los términos de una teoría de la interpretación guiada por el respeto a la ley y por la búsqueda de la famosa unidad de solución correcta²⁸⁴. Para no caer en una función creadora de derechos, sólo puede consistir en rechazo de normas, pero jamás en sugerencias o mandatos realizados al legislador”.

2.- *Función Jurisdiccional.* La segunda función, llamada *judicial* por PRIETO SANCHÍS, aparece cuando el Tribunal Constitucional toma decisiones frente a conflictos concretos, en una labor propiamente jurisdiccional y de defensa de los derechos fundamentales. En España, ella se realiza por medio del recurso de amparo.

En estos casos, el efecto de la sentencia sólo tendrá valor jurídico vinculante para el caso concreto en que se pronuncia.

Pero al igual como sucede con la jurisprudencia emanada en los juicios de constitucionalidad de las leyes, el valor que de hecho ésta tiene en cualquier sistema

²⁸¹ Este control abstracto establece un “campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez)”. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 177.

²⁸² Luis PRIETO SANCHÍS (2004), ob. cit., nota 2, p. 71.

²⁸³ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 163 y ss. (citando a J. HABERMAS, “*Facticidad y Validez*”, Trotta (2010), p. 525).

²⁸⁴ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 167.

contemporáneo supera con creces los casos particulares a los que afecta. La causa de ello es el respeto que habitualmente tiene el Tribunal Constitucional hacia sus propios fallos y razonamientos (precedentes) y el seguimiento que los jueces ordinarios hacen de ellos, muchas veces reforzado por mandato legal²⁸⁵.

Cabe señalar que la intensidad con que el Tribunal Constitucional realice esta tarea será variada, y dependerá, entre otras cosas, de la importancia del bien jurídico protegido, o de la necesidad de sentar un precedente sobre una materia en que exista duda o confusión. Por lo mismo, no es aconsejable transformar todos los asuntos, hasta los más mínimos, en una contienda constitucional. De esa manera, coincidimos con BERNAL PULIDO en cuanto a que el control del Tribunal Constitucional no debe ser de mínimos o máximos, sino de intensidad variable, considerando para ello “la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la certeza de las premisas”²⁸⁶.

3.- *Ejercicio mixto o anómalo de ambas funciones.* Una situación diferente es la que plantean las llamadas sentencias interpretativas y manipulativas. Las primeras excluyen algunas interpretaciones por equivocadas, mientras las llamadas sentencias manipulativas, sobre todo en su versión “aditiva”, incorporan a la norma aquello que el legislador omitió y que constitucionalmente debió incluir, argumentándose en ambos casos que la Constitución impone al legislador la tarea de materializar efectivamente los derechos en ella consagrados, y que ante su falta, el Tribunal Constitucional puede actuar corrigiendo o reinterpretando.

Un claro ejemplo de ello fue el caso de las pensiones de viudez sólo asignadas a mujeres, pero no a hombres²⁸⁷. La opción era anular la ley (dejando sin pensiones a nadie, esperando la nueva redacción del Congreso) o extenderla también, por la vía interpretativa, a los varones, que fue lo que finalmente se hizo²⁸⁸. No nos extenderemos sobre este punto, aunque diremos que generalmente corresponderá a una situación anómala y cuyo recurso debe ser de *última ratio*.

2.- Carácter político del Tribunal Constitucional

Hemos visto que en su tarea de hacer respetar la Constitución puede limitar la capacidad de acción del poder legislativo, señalándole algunas materias en que deberá restringirse así como guiar las sentencias y razonamientos de los jueces ordinarios.

²⁸⁵ En España ello sucede en parte por lo señalado en el artículo 7 LOPJ en relación al artículo 5.1 CE, que vuelve obligatorios para los jueces ordinarios los precedentes constitucionales. Luis PRIETO SANCHÍS, “*La Jurisdicción Constitucional como forma de Creación del Derecho*”, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 22 (1988), p. 33 y ss.

²⁸⁶ Sobre la intensidad del control efectuado por el TC, ver Carlos BERNAL PULIDO, “*El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*”, 3 edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2007), p. 800; Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, pp. 324-325.

²⁸⁷ Juan Alberto LECAROS URZÚA, “*El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*”, (trabajo inédito que el autor nos ha dado el privilegio de compartir) (2014).

²⁸⁸ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 283.

Por otro lado, en una Constitución donde muchos enunciados plantean una textura abierta e indeterminada, al Tribunal Constitucional le corresponde una importante función en la definición y tutela de los derechos fundamentales, lo que sumado al efecto de irradiación y al respeto que de sus fallos hacen los jueces ordinarios, tendrá un importante efecto sobre el resto del ordenamiento e influirá en la interpretación del derecho como un todo.

A mayor abundamiento, en ninguna de estas funciones está sujeto a control.

Por otro lado, las luchas de poder por la primacía en materia constitucional entre el legislador y los jueces, reflejan que en su interpretación no sólo cabe el ejercicio de una actividad técnica o un ejercicio de racionalidad, sino que también ofrecen “un espacio para el acto de poder”²⁸⁹.

Por todo ello, si las funciones del Tribunal Constitucional son en parte jurisdiccionales y en parte legislativas, es evidente que es un órgano que en cuanto a su naturaleza es en parte técnico y en parte político²⁹⁰.

a. Legitimidad del Tribunal Constitucional y de su actividad interpretativa

En la teoría constitucional clásica, la función del legislador se encuentra claramente diferenciada de la judicial. Al primero toca crear Derecho, mientras que al segundo sólo aplicarlo.

Por ello, por mucho que en algunas circunstancias los jueces deban hacer uso de su creatividad frente a las normas, a las que nos hemos referido en las páginas precedentes, su rol principal –determinado constitucionalmente– no es el de crear el Derecho. Esta situación es una definición y una opción de organización política de la máxima importancia y que no ha sido objeto ni de cambios ni de discusiones, y que limitará de suyo cualquier intento interpretativo desmesurado. Por lo mismo, a nuestro juicio, es una clara invitación al *judicial restraint*.

Podría decirse también que por ser primordialmente aplicadores y no creadores de las normas jurídicas, la labor judicial no requiere de la misma legitimidad

²⁸⁹ “El problema central no consiste en determinar el órgano más indicado o mejor dotado para llevar a cabo ese ejercicio de común racionalidad (...). Lo que se discute son más bien problemas ideológicos y de poder sobre el presupuesto de que los resultados de la racionalidad legislativa y de la racionalidad judicial no han de ser siempre los mismos o, dicho de otro modo, sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la Constitución que se predica, no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral; tal vez porque, junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, en la legislación y en la jurisdicción queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 195.

²⁹⁰ Ver a modo de ejemplo, Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 197: “Los jueces en general y los constitucionales en particular son -como yo pienso- órganos políticos, sujetos revestidos de poder para conformar la vida de los ciudadanos según cierto Derecho, pero también según sus ideas y pasiones”. El mismo autor señala que el carácter político del Tribunal Constitucional también puede ser sostenido desde “las consecuencias que se derivan de sus decisiones” y desde la naturaleza de quienes participan habitualmente en sus procedimientos.

democrática que el poder legislativo²⁹¹, bastándole una legitimidad constitucional o indirecta, como la que observamos en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos comparados.

Esta legitimidad indirecta es un reflejo y un recordatorio del real alcance de sus funciones y posibilidades. En otras palabras, la legitimidad de las decisiones judiciales viene dada de su adecuación a las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes, tanto en su organización como en el ejercicio de su función, incluyendo competencia, ejercicio de atribuciones, desarrollo del proceso y toma de decisiones.

El intérprete de la Constitución generalmente no cuenta con lo que se ha llamado “legitimidad democrática directa” (aunque si legitimidad constitucional o indirecta), ni con mayores mecanismos de control ulterior. Además, ha sido investido con un poder que le permite dar contenido y significado a los derechos fundamentales, así como a las normas ya existentes, y en general, a todo principio o regla jurídica que se considere constitutiva del ordenamiento jurídico, lo que se ve potenciado por la elevada presencia de elementos ambiguos, indeterminados y potencialmente contradictorios dentro del propio texto constitucional.

Estas circunstancias podrían dotar a éste órgano de un protagonismo en la vida política y jurídica que se encuentra fuera del diseño institucional y que deberá ser cuidadosamente atendido.

Dado el carácter marcadamente más político de su labor, en muchos ordenamientos, como por ejemplo en el español, se ha vinculado directamente su nombramiento a una fuente de representación popular²⁹², buscando con ello dotarlos de una mayor legitimidad.

Pero esta vinculación a un órgano democráticamente legitimado en la designación de sus integrantes resulta del todo insuficiente como garantía de su trabajo jurisdiccional, haciendo patente la necesidad de desarrollar técnicas y procedimientos de actuación que permitan anticipar y justificar sus resoluciones, dándoles una legitimidad propia, que de otro modo carecerían.

Buena parte de ello tiene que ver con el desarrollo de la dogmática constitucional y con una disciplina de la interpretación constitucional, materias a las que en este trabajo nos estamos refiriendo.

²⁹¹ Vale la pena tener en cuenta que la supuesta legitimidad democrática de parlamento se funda sobre un supuesto discutible, relacionado con la capacidad real de representación que este obtiene mediante el voto popular. Pero sabemos que existen muchas distorsiones en ese sentido: desinformación, sistemas políticos, estructuras de partidos, financiamiento, desinterés, etc. Por ello, la democracia electiva puede verse antes como un mecanismo de nombramiento de determinados cargos, donde la ciudadanía opera como un órgano de designación. Además, como recuerda PRIETO SANCHÍS, “en el caso de los jueces, se ha visto en numerosos sistemas cómo el carácter elegible puede incluso perjudicar y restar independencia al trabajo judicial”. Asimismo, la idea del juez neutral, pasivo y ajeno al devenir contingente es una fantasía, “no deja de ser un mito operativo” que podría perjudicarse con la inclusión de la “legitimación popular directa”. *Ibid.*, p. 198.

²⁹² En España la designación de sus miembros es realizada por el rey, a sugerencia del Congreso (4), el Senado (4), el Consejo General del Poder Judicial (2) y el Gobierno (2). (art 159 CE).

En efecto, en un sistema jurídico estructurado sobre una norma fundamental materialmente cargada, con conceptos normativos muchas veces abiertos e indeterminados y donde se ha mandado y comprometido a los órganos del Estado a su realización, sobre todo a través del efecto de irradiación de los mandatos y principios constitucionales que debe ocurrir principalmente por vía de la interpretación judicial, el trabajo judicial será obligatoriamente más complejo y creativo. A cambio, se espera construir un sistema social donde las garantías y derechos sean más efectivas, alcanzando soluciones mejores y más justas. Sin embargo, este enfoque, tiene diferentes riesgos, consecuencias y efectos, por los que ha sido criticado²⁹³.

Primeramente, entre las críticas se ha señalado la inevitable pérdida de certeza de la norma, y los riesgos del excesivo protagonismo creativo y subjetivista del juez constitucional. Asimismo, se han hecho otras críticas, como la posible invasión de facultades de otros órganos y la vulneración al principio de separación de poderes²⁹⁴.

Frente a ellas, creemos que no cabe más que hacer una elección “de los valores que se creen prevalentes”, luego de un adecuado balancea entre riesgos y beneficios. Pero todo indica que en la actualidad, buena parte del mundo se ha inclinado por la solución neoconstitucionalista²⁹⁵.

Por razones de pertinencia, sólo nos detendremos a analizar los riesgos del subjetivismo en la interpretación constitucional y su relación con la legitimidad de la misma.

b. Riesgos de la Labor Interpretativa del Tribunal Constitucional

Continuamente se señala al protagonismo judicial como uno de los mayores riesgos del sistema de Derecho construido sobre principios constitucionales (o neoconstitucionalismo).

Dentro de las preocupaciones planteadas, la más grave sería que los jueces constitucionales reemplacen los mandatos constitucionales, o la voluntad soberana, por sus preferencias personales²⁹⁶, circunstancia que se ve favorecida por el

²⁹³ Dado que el rol más protagónico rol que corresponde asumir al poder judicial es un rasgo característico del neo constitucionalismo, muchas de estas críticas corresponden a las que se realizan a este fenómeno jurídico en general.

²⁹⁴ Depende como se entienda, este podría ser o no una situación de afectación al principio de separación de poderes. Efectivamente, si se entiende esta función como parte del proceso de generación de normas, y por tanto como una función legislativa, no lo será. Si se entiende la división de funciones como un mecanismo adecuado para establecer “checks and balances”, tampoco. En cambio, si se le concibe en forma ideológica (sólo el poder legislativo está legitimado para producir derecho), si habrá espacio para esta crítica.

²⁹⁵ Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 347.

²⁹⁶ La validez de todas las normas y actuaciones públicas dependerá del juicio de adecuación a la Constitución que realicen los intérpretes constitucionales, lo que ofrece la posibilidad a los mismos de la validez de “hacer triunfar sus propias concepciones sobre las del legislador y sobre las de la Constitución misma”. Luis M. CRUZ (2005), ob. cit., nota 49, p. 134.

carácter abierto de muchos enunciados, la alta sensibilidad de los mismos a las concepciones subjetivas del intérprete, y sobre todo, por la falta de control ulterior de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional. Éste podría significar altas dosis de subjetivismo, arbitrariedad y creatividad normativa²⁹⁷.

BORK agrega que “una vez que la adhesión al significado original se debilita o abandona, un juez, quizá instruido por un teórico revisionista, puede alcanzar cualquier resultado”. Robert H. BORK, *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*, Free Press (2009), p. 352.

Por su parte, GARCÍA AMADO señala que una de las críticas que el positivista puede hacer al neoconstitucionalismo es que este justifique que el juez diga que la Constitución dice al legislador “lo que realmente la Constitución no dice”. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 40, p. 244.

No nos parece precisa la crítica que sostiene que por esta vía los jueces reemplazan la voluntad general y soberana por la suya propia, pues ellos no pueden ignorar del tomo las normas morales prevalentes ni la cultura jurídica de un país. Adicionalmente, se puede decir que cuando la voluntad soberana es evidente frente a un punto, o al menos cuando ella ya no se ajusta categóricamente a una comprensión antigua de la misma, los jueces permiten ajustar, mediante un acto creativo, la norma a la realidad democrática del momento, actualizándola y dotándola de mayor legitimidad. Este espacio para la discrecionalidad o creatividad judicial da mayores beneficios en cuanto a justicia y satisfacción ciudadana frente al sistema, lo que lo justifica como procedimiento. Además, los jueces constitucionales generalmente tendrán un especial conocimiento del derecho y de las implicancias sistémicas y temporales de sus decisiones, por lo que podrá exigirse a los mismos un mayor grado de responsabilidad y una menor probabilidad de error.

²⁹⁷ Una de las frases de KELSEN que más ha sido citada y comentada en materia Constitucional es aquella donde señalado, recomienda la máxima precisión en la redacción de las normas, y por cierto, la exclusión de conceptos generales y abstractos, como sucede típicamente en el lenguaje de los derechos. Si ello ocurría, veía como inevitable la posibilidad de subjetivismo y creacionismo judicial, en detrimento del poder legislativo. “El poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la mayoría del parlamento”. Hans KELSEN (1988), ob. cit., nota 267, p. 142 y ss.

PRIETO SANCHÍS señala que precisamente aquello que KELSEN temía representa hoy la seña de identidad del nuevo constitucionalismo (RUBIO LLORENTE, por el contrario, salva este obstáculo diciendo que las palabras vagas y abiertas de la constitución no obligan al legislador, citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 246, p. 215.

BÖCKENFÖRDE, por su parte, considera que la incorporación al derecho de elementos abiertos, materiales y extra normativos podía significar el tránsito de un Estado legislativo a un Estado judicial de derecho constitucional o incluso a un “nuevo totalitarismo constitucional”. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden (1993), p. 135 y ss. (J. L. Requejo & I. Villaverde, trad.) (mencionado por PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 246, p. 217.

MÜLLER, a su vez, señala en forma muy similar que “El advenimiento de una interpretación (...) encauzada hacia componentes materiales, ha restado a la ley constitucional racionalidad y evidencia. En parte está a punto de disolverse. La disolución de la ley constitucional en casuística se corresponde con la transformación del Estado de Derecho en Estado Judicial. Con la atención puesta en ese orden de valores que da por supuesto, se muda el juez cada vez más en señor de la Constitución”. Friedrich MÜLLER, “Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional”, trad. Gómez de Arteche, Marcial Pons Madrid (2006), p. 223.

De alguna manera, el propio PRIETO SANCHÍS reconoce en estas críticas una posibilidad verdadera: “Desde la perspectiva de la discrecionalidad, los principios presentan un rostro jánico. De un lado, y por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas. La particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se

Nos parece que dicha inquietud es legítima y tiene fundamentos, planteando un tema que debe ser abordado, y en lo posible, prevenido en forma institucional. No parece necesario explicar que la entrega a un grupo de personas de la facultad de leer y decir el derecho como mejor les parezca es algo que esta fuera de todos los ideales constitucionales y políticos vigentes.

Pero el asunto no es del todo claro o fácil, pues también sabemos que cierta dosis de creatividad judicial, sobre todo en materia constitucional, resulta fundamental, o al menos inevitable²⁹⁸, del mismo modo que parece ingenuo plantear un modelo interpretativo íntegramente objetivo o que pueda prescindir por completo de la subjetividad del juez²⁹⁹.

c. Resguardos que permiten reforzar la legitimidad de la jurisdicción constitucional

Lo que acabamos de señalar exigirá algunas medidas y precauciones de cara a asegurar la legitimidad y aceptación social de la actividad del Tribunal Constitucional. En este trabajo, señalaremos cuatro requisitos que nos parecen fundamentales en la actividad interpretativa constitucional:

- 1.- justificación de las decisiones;
- 2.- respeto del (propio) precedente;
- 3.- confianza en las personas que integran los juzgados con competencia constitucional;
- 4.- autocontención o autolimitación;
- 5.- consenso social sobre el sentido y significado de reglas, principios y valores utilizados;
- 6.- desarrollo y utilización de técnicas y razonamientos permanentes y adecuados para la interpretación de la Constitución.

i. La justificación de las resoluciones judiciales como fuente de legitimidad de las mismas

Las razones que obligan al juez a justificar sus resoluciones son variadas y bien conocidas, y su desarrollo excede con creces los objetivos de este trabajo³⁰⁰.

muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez". Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 173.

²⁹⁸ José Juan MORESO (2000), ob. cit., nota 118, p. 111.

²⁹⁹ ZAGREBELSKY, entre otros, ha llamado la atención sobre la importancia de considerar el punto de vista interno de los operadores (jueces, legisladores, juristas y simples ciudadanos) para comprender el derecho (citado por Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 105).

³⁰⁰ Por mucho que la motivación de las sentencias hoy nos parezca un requisito obvio y esencial del Estado de Derecho, no lo es dentro del contexto histórico. PRIETO SANCHÍS nos recuerda que este requisito fue desconocido en muchas culturas jurídicas y que todavía Carlos III ordenaba a los jueces de Aragón que cesaran en dicha práctica (Real Cédula de 23 de junio de 1778). Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 185.

No obstante, intentando una enunciación, las más importantes tienen que ver con la necesidad de dar cuenta de su actuar, posibilitando el control y la crítica, sobre todo considerando que es realizado en virtud de una investidura pública capaz de afectar significativamente la vida social y los derechos de las personas, y que cuenta además con significativos espacios de discrecionalidad.

Hemos señalado que el poder judicial se legitima principalmente por el correcto uso de esta investidura. El Parlamento se legitima más por su origen que por su comportamiento, mientras que, a la inversa, el intérprete se justifica preferentemente por el modo de ejercer su función; al primero se le controla a través de su elección y al segundo mediante la crítica de su comportamiento, y para que esa crítica pueda verificarse es necesario que sus decisiones aparezcan en términos racionales y comunicables³⁰¹.

Por tanto, puede decirse que la justificación de las sentencias tiene como objeto permitir una mejor comprensión de las mismas por parte de la comunidad, de sus propios pares y superiores, y por cierto de las partes de la controversia, y se relaciona íntimamente con el principio de publicidad judicial y con la organización democrática, así como con el control que se espera que ella permita.

Sólo allí donde tenemos decisiones debidamente fundamentadas podremos comprender el actuar jurisdiccional, y con ello, anticiparnos a nuevas situaciones. Asimismo, sólo mediante sentencias motivadas podremos controlar efectivamente la labor judicial, y potencialmente criticarla o corregirla, favoreciendo su buen funcionamiento y reduciendo de paso las posibilidades de arbitrariedad³⁰².

En los asuntos vinculados con derechos constitucionales, pese a no existir un control institucional ulterior de sus actos y decisiones, las exigencias generales de justificación se ven incrementadas. Este punto será desarrollado en forma especial en las páginas que siguen.

1.- Decisión y justificación: Dos momentos y actividades diferentes

En el desempeño de la función jurisdiccional puede identificarse la existencia de dos momentos o acciones diferentes. El primero estaría vinculado con el conocimiento de los hechos y la formación en el juzgador de una opinión o decisión sobre los mismos. Una acción muchas veces posterior y distinta será la de justificar, por vía racional, la decisión ya tomada³⁰³.

³⁰¹ “La rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 173.

³⁰² Michele TARUFFO, *“Responsabilità Politica Del Giudice E Stile Della Motivazione”*, Città e Regioni, No. 3 (1977), p. 42.

³⁰³ “Es posible que en muchas ocasiones, posiblemente en la mayoría, el proceso psicológico del intérprete no siga este orden, sino que ante un supuesto se sospeche que hay un conflicto, y posteriormente se emprenda la actividad interpretativa con mayor detenimiento. Pero por lo que respecta a la justificación de la decisión, estos distintos pasos han de poderse reconstruir

Más allá de la conveniencia o no de esta descripción, ello parece más bien una realidad y una característica de la forma en que muchas personas toman decisiones, especialmente cuando para ello deben utilizar conceptos abiertos y vagos como los ofrecidos por las constituciones modernas en materia de derechos fundamentales.

Dicho de otro modo, se podría señalar como dos actividades diferentes al proceso que lleva al juez a optar por una solución específica, y la forma como se presenta en sociedad, utilizando las herramientas existentes para ello de acuerdo a los criterios jurídicos imperantes. Así, podría darse el caso de que ambas obedezcan a lógicas completamente diversas³⁰⁴.

Esta distinción es criticada fuertemente por autores como ORREGO, quien la califica como “inaceptable desde un punto de vista ético y político, porque constituye una combinación de arbitrariedad e hipocresía”³⁰⁵.

Lo que se critica, en el fondo, es que se reconozca abiertamente y se legitime que las soluciones y decisiones jurisdiccionales se encuentren por cualquier vía, para que luego, en su justificación, aparezcan cubiertas de una apariencia de legitimidad, racionalidad y apego a las normas, ocultando el hecho de que en muchas ocasiones las verdaderas razones que llevaron a la decisión se desconocen, se ocultan o han actuado en forma intuitiva o inconscientes. Si esto fuera cierto, la argumentación dada constituiría, pese a su corrección formal, un engaño³⁰⁶.

Sin embargo, ORREGO tampoco se hace ilusiones sobre las posibilidades de solución de este problema, ni sobre lograr un elevado nivel de identidad entre los contextos de descubrimiento y los justificación. Más aún, señala que desde la lógica y el lenguaje de los derechos fundamentales, ello es imposible³⁰⁷.

2.- Corrección externa, interna y material de las actuaciones y resoluciones judiciales

Más allá de cualquier disputa, lo único que es claro es que la justificación es una necesidad y una exigencia fundamental para la actividad judicial, pues además de la

adecuadamente y siguiendo su orden lógico”. David MARTÍNEZ ZORRILLA, *“Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa”*, Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, 2004), p. 86).

³⁰⁴ ALEINIKOFF, por ejemplo, cuestiona las pretensiones de racionalidad de los actos de decisión, señalando que muchas de ellas, quizá las más importantes, se realizan en forma irracional y emocional, como por ejemplo el respeto a la vida, la condena a la tortura y a la discriminación racial, entre muchos otros, donde tampoco puede encontrarse justificación en un análisis ponderativo o de costo-beneficio. Otra cosa será la justificación de los mismos. Alexander ALEINIKOFF, *“Constitutional Law in the Age of Balancing”*, Yale Law Journal, Vol. 96 (1987), pp. 996-997.

³⁰⁵ Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 335.

³⁰⁶ Podría entenderse que un juez tuviera muchas razones para decidir, y que pese a que ha llegado a la respuesta en forma automática e intuitiva, o motivado de una manera especial, los argumentos que utiliza posteriormente siguen siendo válidos. Pero aún en esos casos, en pro de la transparencia y la verdad, sería conveniente que el juez mostrara y legitimara sin temor su proceso interno real. Cuando el juez justifica su sentencia, ofrece su razonamiento jurídico a los demás, pero no para validar su decisión, sino para que la critiquen positiva o negativamente.

³⁰⁷ Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 335.

justicia del caso concreto, exigimos a las sentencias un alto grado de claridad, consistencia y calidad material y formal³⁰⁸. Por ello, el desafío más relevante será determinar qué mecanismos, técnicas y criterios resultan más correctos a la hora de hacerlo.

Los criterios ofrecidos para dar respuesta a esta pregunta son múltiples y provienen de diferentes escuelas o movimientos.

Las más representativas en este punto dicen relación con la corrección moral de la decisión³⁰⁹ (*corrección material*), con la adecuada selección e interpretación de las normas (corrección externa), y con la corrección en la técnica formal utilizada para aplicar una norma a un caso concreto³¹⁰ (*corrección o justificación interna*).

Tradicionalmente se ha señalado que la justificación debía provenir de la coherencia lógica de las premisas internas de la sentencia. Ello supone una confianza en la claridad y completitud de las normas, así como con su justicia, permitiendo, al juez endosar la responsabilidad de la suficiencia de la norma al poder legislativo y al ordenamiento jurídico mismo.

Si nuestra “confianza en el método” nos hace creer que se puede arribar a un resultado adecuado por el sólo hecho de aplicar correctamente los mecanismos lógicos que dan corrección a la decisión, estamos, de alguna manera, frente a una posición ideológica o toma de posición.

Parece evidente que la sola corrección lógica de una decisión jurídica será del todo insuficiente para asegurar su corrección, pues el derecho ya no puede concebirse como una disciplina que debe aplicar ciertas premisas y silogismos. “El modelo de razonamiento del juez constitucional, al tener que definir el ámbito más o menos extenso de la licitud, reclama del intérprete la asunción de una mayor responsabilidad en la decisión”³¹¹, lo que nos lleva al mundo de la razonabilidad más que al de la lógica cartesiana. De esta forma, el objetivo de la corrección lógica de la argumentación utilizada en una sentencia será ante todo el de justificarla³¹².

Además, un modelo lógico del derecho no se hace cargo de que podríamos encontrar situaciones donde el resultado sea equivocado desde el punto de vista de la justicia, pese a su corrección interna (si acaso las normas no han sido correctamente planteadas, por ejemplo). Adicionalmente, muchas veces la premisa normativa será compleja (el que mate a otro con alevosía no existiendo causales de exculpación o eximentes o excusas legales absolutorias), en otras será difícil de

³⁰⁸ Susan HURLEY propone pautas de ponderación fundada sobre casos paradigmáticos. Susan HURLEY, “Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies* 10, No. 2 (1990); Susan HURLEY, “Natural Reasons: Personality and Polity”, Oxford University Press (1992). En el mismo sentido, David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), *ob. cit.*, nota 303.

³⁰⁹ Por ejemplo este es el criterio muchas veces planteado por las escuelas iusnaturalistas, donde la ley y el derecho en general deben traducir y reflejar una moral objetiva. Lo mismo podría suceder en los modelos que se remiten a las pautas sociales y a los usos lingüísticos dominantes para determinar cómo debe interpretarse una norma y juzgarse una decisión

³¹⁰ Jerzy WROBLESKI, “*Legal Syllogism and Rational of Judicial Decision*”, *Rechtstheorie* 5 (1974), p. 33 y ss.

³¹¹ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), *ob. cit.*, nota 48, p. 177.

³¹² José AGUILÓ, “*La Constitución del Estado Constitucional*”, *Temis* (2004), p. 161.

determinar, o requerirá un razonamiento jurídico previo (por ejemplo, cuando depende de situaciones jurídicas, como la condición de padre o hijo, de funcionario público, entre tantas otras).

Por ello, se dice que el recurso a la razonabilidad implica “un juicio valorativo y prudencial del que sólo puede ser responsable el propio intérprete”³¹³.

Por otro lado, este criterio de corrección interna debiera complementarse con otro previo y de algún modo externo a la sentencia, relativo a la adecuada selección de las premisas (lo que se ha llamado *justificación externa*). Aunque esta necesidad en general no ha sido tradicionalmente relevada como un aspecto relevante, presenta en el derecho moderno un problema importante, por las dificultades que importa el demostrar objetivamente cuándo una premisa ha sido elegida correctamente. Al final del día, esto también encierra un problema de interpretación del ordenamiento y de sus normas, y por lo mismo, dependerá en buena medida del intérprete y su sustento ideológico. Incluso, el problema de la corrección externa podría plantearse en forma inversa, señalando que si una norma pudo ser aplicada al caso, ofreciendo una solución ajustada a derecho, entonces su elección ha sido correcta³¹⁴.

Sin embargo, el elemento más importante de legitimación y corrección de una decisión judicial estará determinado por el consenso que recaiga sobre sus aspectos formales y sustantivos. Así, una interpretación que se ajuste al criterio usado por la comunidad de juristas, o por quienes detentan el poder, será correcta, mientras la que se aparte del mismo será considerada incorrecta³¹⁵.

Los jueces, más allá de la escuela o postura de su preferencia, deben recurrir a argumentos para justificar su decisión, y estos apelarán a una razonabilidad común, pues en caso contrario será rechazada y considerada injusta. Queremos ser claros en esto: que una sentencia sea considerada injusta equivale, desde un punto de vista operativo, a que *sea injusta*, pues el derecho y la justicia son sistemas predominantemente relacionales, sociales y culturales.

³¹³ Luis PRIETO SANCHÍS, “*Interpretación Constitucional*”, Tomo II, Editorial Porrúa (2005), pp. 922-923.

³¹⁴ Un caso extremo, citado por MARTÍNEZ ZORRILLA se da para quienes tienen una postura escéptica de la interpretación, según la cual toda actividad interpretativa y toda atribución de significado es libre, o más bien, arbitraria. No hay reglas, no hay bases, no hay referentes en el mundo, por lo cual no es posible distinguir entre premisas (y razonamientos) correctos o incorrectos (sólo mayoritarios o no, u otros criterios de distinción), todo el problema de la justificación externa carece de relevancia, pues no hay premisas objetiva y racionalmente válidas ni siquiera en mínimo grado (el escepticismo se da en el realismo jurídico norteamericano (movimiento Critical Legal Studies) y corregido y morigerado en la Escuela de Génova por GUASTINI, etc.). Es necesario sostener, en base a algún elemento racional y objetivo, que hay interpretaciones mejores que otras. David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 303, p. 48.

³¹⁵ Ello sucederá al menos allí donde no exista duda (núcleo de certeza en el lenguaje de HART).

3.- Especial importancia de la justificación de las decisiones en materia constitucional

Si bien la justificación es un requisito común a toda sentencia judicial, en materia constitucional corresponderá a uno de los requisitos y exigencias más importantes, tanto para su legitimidad como para cumplir sus fines jurídicos³¹⁶.

Esta mayor responsabilidad del trabajo jurisdiccional constitucional se debe a su alto impacto, político y jurídico, y a su vinculación “mucho más profunda con la moralidad de la decisión y con la realización efectiva de los principios y mandatos constitucionales especialmente los referidos a los derechos fundamentales”³¹⁷.

Asimismo, a diferencia del juez ordinario, el intérprete constitucional deberá hacer continua referencia a elementos extra sistémicos (conceptos, valores y normas extra constitucionales). La inclusión y exposición de estos elementos generará beneficios a todo el sistema jurídico en cuanto a su transparencia, confiabilidad, veracidad y completitud³¹⁸.

Una situación de particular importancia es el que plantean los conflictos de derechos constitucionales.

Como sabemos, en ellos se presentan derechos o pretensiones incompatibles, que se suelen resolver por alguno de los procedimientos ponderativos. Estos se caracterizan por no ofrecer una solución previa claramente definida (como sucede en cambio cuando la norma es una regla), por lo que la solvencia de la elección realizada (privilegiando un derecho por sobre otro, atendidas las circunstancias del caso) dependerá de la justificación que de la misma se haga. Por ello se puede decir que la principal exigencia de la ponderación es argumentativa.

En ese sentido, PRIETO SANCHÍS señala que “el sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales”³¹⁹, y que las restricciones que se impongan sobre los derechos

³¹⁶ El carácter final de sus decisiones, y la falta de superiores jerárquicos que revisen sus fallos no permite señalar a la necesidad de control como una razón para la justificación en materia constitucional. Pero a falta de ella, existen otras razones que la exigen en forma más acentuada (influencia política y jurídica, utilización de elementos extrajurídicos, entre muchos otros).

³¹⁷ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 177.

³¹⁸ ALEXY señala que el aspecto más importante de la justificación interna es que permite que las premisas no extraídas del Derecho positivo aparezcan claramente en toda su extensión. Robert ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica: la Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (1989), p. 220 (citado por Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 186).

PRIETO SANCHÍS agrega que “los valores y las ideologías no dejarían de estar presentes aun cuando se omitiese su consideración y aun cuando se dictase una sentencia contraria; confesar su relevancia supone, en cambio, hacer transparente la argumentación y esto, como ya he dicho, contribuye a legitimarla (p. 192).

³¹⁹ Luis PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 246, p. 220. Más adelante señala que las restricciones a los derechos obligan a “una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan. Ése es, a mi juicio, el sentido último del constitucionalismo de los derechos”.

implican “una carga de justificación o argumentación” que sería, a su juicio, “el sentido último del constitucionalismo de los derechos”³²⁰.

Sabemos que el esfuerzo de justificación no eliminará la discrecionalidad, ni nos llevará a un mundo de soluciones únicas, pero “supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional”³²¹.

Hemos dicho que aquello que más relevante será para que una sentencia constitucional nos parezca adecuada o justa, o dicho en otras palabras, que nos satisfaga o no, será su contenido, lo que tendrá relación con nuestra propia apreciación subjetiva del mismo, más allá de la corrección formal de la sentencia o de su fundamentación. Pero dado el valor que cada decisión puede tener frente al ordenamiento, debe construirse sobre elementos racionales y persuasivos que superen la sola autoridad de quienes las dictan, haciendo especialmente relevante su corrección formal -interna y externa- y material.

Más concretamente, la técnica de la ponderación, que ofrece para cada caso concreto una multiplicidad de soluciones, sólo puede ser tolerada con una exigencia de justificación elevada y rigurosa. La existencia de una jerarquía móvil, su carácter concreto y la ausencia de normas generales de solución, obligarán al juez a despejar cualquier sospecha de arbitrariedad o capricho, lo que sólo podrá lograrse justificando de la mejor manera posible la elección realizada.

Ello ha llevado a algunos incluso a sostener que en un sistema jurídico caracterizado por la elevada presencia de derechos fundamentales, la principal obligación del juez es justificar su decisión³²².

Para resaltar la importancia de la argumentación en el derecho basado en “constituciones de principios”, las palabras de PRIETO SANCHÍS en esta materia nos parecen de una claridad y elocuencia definitiva. Por ello, nos permitiremos citarlo *in extenso*: “Si en algo cambia el panorama jurídico tras una Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente en el papel que ha de asumir la argumentación o el razonamiento jurídico; y una teoría del Derecho no puede dejar de levantar acta de este fenómeno. Aun cuando se mantenga viva la tesis de la discrecionalidad y, con ello, se dé la razón a una idea

³²⁰ Luis PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 246, p. 225.

³²¹ Ibid., p. 220.

³²² PRIETO SANCHÍS señala que dada la existencia de una serie de elementos ideológicos en la interpretación (lo que será además inevitable mientras las constituciones estén caracterizadas por una serie de elementos de alto contenido material que impactan a todo el resto del ordenamiento jurídico), lo que dará legitimidad al sistema será la justificación que se haga. “Su legitimidad no procede de la previa aceptación de un sistema de valores, sea este el Derecho natural, el consenso social o la filosofía política más o menos coherente incorporada a la Constitución, sino más bien su posibilidad de justificación racional. Desde luego, cualquier fuente de moralidad puede ser consultada y, en particular, aquella que cristaliza en el propio sistema jurídico, pero, en último término, cuando el intérprete ha de dar cuenta de los valores y de las opciones elegidas, tan solo posee el bagaje de su argumentación racional. Y precisamente la vieja idea o anhelo de hallar siempre una “única respuesta correcta creo que puede ser recuperada a través de esa argumentación, pero no ya recurriendo a la ficción de que el Derecho o la moral ofrecen de verdad una única respuesta, sino como modelo o idea regulativa que impulsa y obliga al intérprete a presentar su decisión como la mejor expresión de la razón práctica”. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, pp. 186-187.

central del positivismo, no puede olvidarse que este último descuidó el cada día más extenso capítulo de la argumentación. Como acabamos de ver, el positivismo consideró que allí donde finalizaba la determinación del Derecho y aparecían los márgenes de indeterminación sencillamente se alzaba el vacío jurídico y la subjetividad de los operadores jurídicos; subjetividad que, en un marco legalista, correspondía desarrollar de forma primaria al Parlamento y, en un marco judicialista, a los jueces”. “(...) lo que una Constitución de principios y derechos fundamentales ya no parece tolerar es que cuando aparece la autoridad del legislador calle la razón, ni que cuando finaliza la subsunción se abra paso la subjetividad. Si argumentar equivale en último término a justificar, el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación o, mejor dicho, de mayor justificación: ya no basta apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento – que es en sustancia lo que hacía el Tribunal Constitucional Kelseniano –, sino que es preciso también acudir a los contenidos. Y con esta extensión de la argumentación y, por tanto, de la justificación creo que se amplían las fronteras del Derecho y del Estado de Derecho en detrimento de la esfera más decisionista o política dominada por la libertad de configuración legislativa o por la intuición subjetiva del juez”³²³.

Fundados en el artículo 120.3 Constitución Española y en los artículos 247 y 248 Ley Orgánica del Poder Judicial, se han concedido amparos por falta de justificación³²⁴. Sin embargo, ello ha apuntado más a evitar la arbitrariedad y la toma de decisiones en ausencia de un juicio de ponderación, más que a elevar las exigencias del trabajo de la judicatura. De hecho, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que no le corresponde “enjuiciar o censurar la parquedad de una fundamentación”³²⁵. El ejercicio de esta facultad obedecerá, naturalmente, a un juicio prudencial y ponderativo del propio Tribunal Constitucional, el que dependerá, al mismo tiempo, de la opinión personal de sus miembros sobre la suficiencia de las justificaciones de que tenga conocimiento³²⁶.

³²³ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 194.

³²⁴ STC 61/1983; y STC 55/1987.

³²⁵ La STC 13/1987 FJ 3 señala que “entraña violación del derecho establecido en el art. 24.1 de la Constitución una Sentencia carente de motivación o cuya motivación no fuera reconocible como aplicación del sistema jurídico. Sin embargo, la exigencia de motivación de la Sentencia, en su dimensión constitucional, no puede llevarse más allá. El Juzgador debe explicar la interpretación y aplicación de Derecho que realiza, pero no le es exigible una puntual respuesta de todas las alegaciones y argumentaciones jurídicas que las partes puedan efectuar, como ya señaló el Auto de este Tribunal de 28 de enero de 1984, habiendo señalado también este Tribunal que no le corresponde, desde la perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales, enjuiciar o censurar la parquedad de una fundamentación o la forma de estructurar una Sentencia y de establecer la conexión entre las consideraciones de ésta y las alegaciones de las partes”.

En un sentido similar STC 56/1987.

³²⁶ PRIETO SANCHÍS señala que le parece razonable que el Tribunal Constitucional no ejerza un control excesivo sobre el “estilo y argumentos” de las sentencias que observa. Sin embargo, luego señala que de acuerdo a su parecer “las motivaciones de nuestros Tribunales siguen siendo incompletas, porque omiten la justificación y a veces la explicación de sus premisas básicas, sobre todo en aquellos casos donde es preciso recurrir a la ponderación de estándares sociales de comportamiento, haciendo aparecer como deducciones lógicas a partir de normas lo que son más bien opciones valorativas; y, desde luego, siguen presentando un estilo farragoso que, en el fondo,

Pese a todo lo dicho, es necesario reconocer algunos matices.

En primer lugar, es posible formular una distinción entre el ejercicio ponderativo que realiza el juez y el que hace el legislativo, pues este último cuenta con legitimidad política popular y es en esencia un órgano integrado por personas de quienes se espera un comportamiento político y muchas veces ideológicamente motivado, y no, como en el caso de los jueces, racional y apegado al Derecho. Ello explica la menor relevancia dada a la justificación realizada en sede parlamentaria, sin perjuicio de que su presencia podría ser también beneficiosa, aunque no entendida como un requisito habilitante de su actuar³²⁷.

Por otro lado, por razones prácticas y de racionalización del trabajo, podría aceptarse la posibilidad de que en algunas oportunidades se limite o simplifique la justificación, o se haga remisión a precedentes. Esta simplificación de la labor justificante en ningún caso es un ideal, pero puede ser prudente y razonable, dadas las circunstancias en que muchas veces trabajan los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, esta tolerancia sólo podría admitirse frente a los elementos más simples, menos conflictivos o ya resueltos en forma reiterada³²⁸.

Desgraciadamente, también puede haber casos donde el Tribunal Constitucional evite justificar la sentencia y hacer públicas sus verdaderas motivaciones, escudándose en normas procesales o en silogismos difíciles de seguir, o en argumentaciones secundarias o irrelevantes, pero políticamente adecuados (en términos de que su incorrección no es capaz de suscitar los análisis escándalos públicos que si generarían las auténticas razones). Ello será siempre un vicio, y una situación que debe ser criticada, cuestionada y evitada.

es un modo de seleccionar a sus destinatarios, los juristas”. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 188.

³²⁷ El propio PRIETO SANCHÍS señala que la práctica de la ponderación no limita al parlamento, sino que “sólo lo somete a una muy modesta exigencia de racionalidad, o de prohibición de arbitrariedad”. Luis PRIETO SANCHÍS (2013), ob. cit., nota 246, p. 221.

Luego, en otra de sus obras agrega que “existiría un profundo divorcio entre la racionalidad legislativa y la racionalidad judicial: en la primera triunfan los fines u objetivos, según un esquema teleológico y consecuencialista, de manera que una buena ley es aquella que se propone buenos fines y es capaz de obtenerlos; mientras que la sentencia ha respondido siempre a una racionalidad deductiva o sistemática, en el sentido de que una buena sentencia o, mejor aún, una sentencia correcta es aquella cuya decisión se infiere de sus premisas y, en particular, de una premisa normativa. De ahí que los “considerandos” o la fundamentación sean indispensables en la sentencia y no lo sean en la ley. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 193 (al respecto, nos remite a E. BULYGIN, “*Sentencia Judicial y Creación de Derecho*”, (1966), en C. ALCHOURRON Y E. BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid, 1991, p.356). Pero también señala que “en cierto modo, el antiguo juicio externo o ético sobre la justicia de la ley se ha transformado en un juicio interno o sobre su validez, algo que ha de estar presente ante todo en la racionalidad legislativa, anticipo de la racionalidad judicial”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 193.

³²⁸ Al respecto, ver Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 194.

4.- Importancia del respeto de los precedentes en la justicia constitucional

Muy vinculado al ejercicio de justificación, el respeto al precedente judicial cobra especial importancia en materia constitucional por varias razones³²⁹.

En primer lugar, porque una de las principales funciones de la Constitución es precisamente dar estabilidad. Este objetivo puede considerarse como un principio o valor constitucional en sí mismo, por lo que su realización corresponde a todos los órganos del Estado y debe ser tenido en cuenta por el intérprete autorizado en cada una de sus decisiones.

Así, sería correcto sostener que al evaluar la calidad de una decisión no sólo debemos estar a lo resuelto y a la fundamentación que se realice, sino también al hecho de que el criterio asumido sea capaz de mantenerse en el tiempo³³⁰. Por otro lado, también se podría considerar como un principio implícito en cualquier sistema jurídico el deber de tratar de igual modo las cosas o situaciones iguales (principio de universalidad)³³¹.

En tercer lugar, debemos considerar el carácter abierto e indeterminado de la Constitución, y los escasos mecanismos de control que existen sobre el trabajo del Tribunal Constitucional. Frente a esta realidad, la utilización de criterios permanentes permitirá dar a dichas normas una mayor definición y claridad de contenidos³³², y al Tribunal que las aplica, una mayor legitimidad³³³. Por otro lado, el derecho constitucional se caracteriza por la presencia de elementos abiertos y que hacen continua referencia a elementos extra normativos. Y tal como dice TARUFFO, esta es una función mucho más creativa, que sólo es aceptable si el juez proporcional la justificación racional de sus opciones³³⁴.

³²⁹ Sobre este tema, referirse al trabajo de Marina GASCÓN ABELLÁN, *"La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional"*, Tecnos (1993).

³³⁰ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 195. Para un desarrollo más extenso de este tema, ver Lorenzo M. BUJOSA, *"Las sentencias de los Tribunales Constitucionales: el problema de sus efectos en el tiempo"*, Revista General de Derecho Público comparado, N. 13 (2013).

³³¹ Robert ALEXY (1989), ob. cit., nota 318, p. 264 (citado por Ibid., p. 191: "El principio de igualdad en la aplicación de la ley lo que impone es la prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no justificadas (...)"). PRIETO SANCHÍS señala que sobre el particular existe abundante jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional Español, como por ejemplo la STC 63/1984, STC 2/1983; STC 25/1987; STC 101/1987; STC 241/ 1988, STC 82/1990.

³³² "Podría afirmarse que el constituyente, sin perjuicio del papel que pueda corresponder en el plano político a las mayorías parlamentarias, ha dejado en manos del Tribunal Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los derechos fundamentales acorde con la Constitución". Luis AGUIAR (1983), ob. cit., nota 193, p. 18.

³³³ "Muchas normas constitucionales se configuran más como principios que como reglas y que los casos constitucionales son con frecuencia casos difíciles, parece también que la importancia de la justificación se acentúa notablemente, pues no sólo ha de perfilar los contornos de preceptos abstractos y elásticos, recurriendo desde luego a estándares extra constitucionales, sino que ha de transitar un largo camino para mostrar el proceso de inferencia que va desde esa norma a la decisión o fallo. En suma, en la argumentación constitucional es posible que ni la elección de las premisas, ni su contenido, ni un la deducción correspondiente, sean aspectos que se justifiquen por si solos". Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p.190.

³³⁴ Michele TARUFFO, *"La Giustificazione delle Decisioni Fondate su Standards"*, P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *L'analisi del Ragionamento Giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, Giappichelli (1989), pp. 314-315.

Finalmente, al menos en el caso del Tribunal Constitucional, el respeto por el precedente constituye un respeto por el propio precedente, es decir, por sus propias decisiones, valoraciones y argumentaciones, lo que es una exigencia de coherencia y consistencia elemental.

Por todo lo anterior, PRIETO SANCHÍS señala que “una de las conductas que más dañan el discurso racional del Tribunal es el cambio de jurisprudencia, en especial cuando no aparece suficientemente justificada”³³⁵.

5.- El precedente constitucional frente a los cambios culturales y de criterios jurisprudenciales

Es evidente que las apreciaciones sobre asuntos de naturaleza constitucional pueden cambiar, sobre todo considerando que ellas, desde un comienzo, son concebidas como abiertas, indeterminadas y de contenido valorativo y cultural³³⁶.

Por ello, pese a la importancia dada a la estabilidad en materia constitucional, el cambio de criterios jurisprudenciales será también inherente a esta disciplina, y los tribunales encargados de su interpretación deberán considerarlo y asumirlo, ponderando ambos factores.

Asumiendo que la jurisprudencia constitucional presentará cambios de criterios, es necesario que ellos sean comprendidos y aceptados como legítimos, lo que naturalmente ocurrirá más fácilmente si ellos son excepcionales y son debidamente justificados³³⁷.

Por otro lado, dado que la estabilidad de la jurisprudencia debe constituir la regla, el peso de justificar el cambio de criterio corresponderá a quien lo realice³³⁸. A su vez, dichos cambios debieran ser vistos como una “solución genérica conscientemente diferenciada de lo que anteriormente se venía manteniendo, y no como respuesta individualizada”³³⁹ o tomada en consideración a un caso determinado.

³³⁵ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 195.

³³⁶ El mismo PRIETO SANCHÍS precisa al respecto que “en ocasiones más que de cambio cabe hablar de evolución o matización (...) otras veces, lo que sucede es que una sentencia decide aplicar algún precepto constitucional hasta entonces en “hibernación” o no suficientemente ponderado, lo que puede dar lugar en efecto a una nueva doctrina, pero cuya novedad obedece a que viene a colmar una laguna más que a modificar una tendencia doctrinal”. Ibid., p. 195.

³³⁷ PRIETO SANCHÍS señala que “tal vez por ello el Tribunal Constitucional acentúa su rigor en la censura de las justificaciones cuando las sentencias se apartan del precedente. Aquí ya no estamos en presencia de una violación del artículo 24, sino del artículo 14, es decir, de la igualdad en la aplicación de la ley y, por consiguiente, de la seguridad jurídica y de la interdicción de la arbitrariedad. Ibid., p. 189.

³³⁸ Robert ALEXANDER (1989), ob. cit., nota 318, p. 263.

³³⁹ STC 120/1987 FJ 1. Para ello es necesario que el cambio de criterios haga “una expresa referencia al criterio anterior y las aportaciones de las razones que han justificado el apartamiento de los precedentes y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado, pues ello constituye la Garantía tanto de la evitación de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica” (STC 63/1986, de 21 de mayo).

i.- Confiabilidad de las personas que integran los Tribunales Constitucionales

Dado el poder del Tribunal Constitucional frente a la judicatura y frente al poder legislativo, es fundamental que la falta de control que existe sea suplida con una confianza colectiva en que sus integrantes actuarán en forma prudente y moderada, que ejercerán sus facultades creativas sólo en casos excepcionales (*self-restraint*) y que respetarán la investidura democrática del parlamento.

Asimismo, se espera que los jueces tengan un ideario moral y jurídico conocido, que este sea compartido por amplios sectores sociales, y que lo respeten en su actuar. Esta será la única manera de confiar en que en su desempeño, el Tribunal Constitucional no nos mostrará sorpresas y que representará un sabio y prudente contrapeso a los desajustes del proceso político³⁴⁰.

Por ello, en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional debe existir un especial cuidado, y generalmente su nombramiento se vincula a altas esferas de responsabilidad política³⁴¹.

Por otro lado, debiera poder exigirse y esperarse de parte de los jueces constitucionales un especial conocimiento de la naturaleza y funciones de la Constitución, así como de las implicaciones sistémicas y temporales de sus decisiones, por mucho que ello muchas veces no haya sucedido.

Ello permitiría combinar las necesarias facultades creativas con un adecuado grado de responsabilidad y *self restraint* o autocontención, así como un menor margen de error, tanto en la toma de decisiones, como en el uso de sus facultades interpretativas.

ii.- El reconocimiento a la existencia de valores colectivos como límite a la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional

Una de las limitaciones estructurales más importantes a la excesiva creatividad y discrecionalidad judicial está dada por la existencia de valores colectivos, o más correctamente, por la existencia de un contexto social que muchas veces permite afirmar que el sentido de una norma es “obvio” o “evidente”, o que frente a determinada materia existen valores dominantes³⁴².

³⁴⁰ Ver al respecto Ricardo GUASTINI, “*Le Garanzie dei Diritti Costituzionali e la Teoria dell’interpretazione*”, en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, *Analisi e Diritto* 1990, Giappichelli, Torino (1990), pp. 99-144.

³⁴¹ Un sistema, por ejemplo, de generación aleatoria entre personas que cumplieran un mínimo de requisitos neutrales (abogados o catedráticos con determinados requisitos adicionales, por ejemplo), sería impensable en un modelo donde además de la formación técnica, tanto la ideología como el carácter juegan un rol decisivo.

³⁴² RUBIO LLORENTE señala que “sólo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador (...) lo que significa sin duda una politización de la justicia”. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “*La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Introducción*”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 11, No. 31 (1991), p. 30 y ss.

El intérprete constitucional no podrá ignorar del todo esta realidad y las expectativas sociales que genera, pues además, muchas veces reflejarán asuntos altamente sensibles y de público conocimiento o discusión.

Podríamos imaginar un escenario donde se hiciera caso omiso a ello, arguyendo que de acuerdo al esquema institucional los jueces constitucionales son los únicos autorizados para interpretar la Constitución en forma auténtica o definitiva, sumando a ello el carácter contra mayoritario que muchas veces cabe ejercer al derecho, sobretodo constitucional³⁴³.

Sin embargo, los propios jueces forman parte de dicha cultura y comparten, o debieran compartir, al menos en lo fundamental, el núcleo de valores aceptados por la comunidad³⁴⁴. Además, el Tribunal Constitucional es un órgano colegiado, por lo que en el caso poco probable de que sobre una materia fundamental haya una excepción, presumimos que al menos existirá un quórum suficiente para conformar un voto de mayoría. Por ello, para los jueces constitucionales no debería constituir gran esfuerzo ajustarse a estos criterios³⁴⁵.

³⁴³ “Los jueces no están más llamados a tener en cuenta, al momento de adoptar sus decisiones, a las mayorías políticas, sino que se deben a la institucionalidad democrática, a las formas del derecho. Se erigen en un poder Garantizador, Garantizado por las formas, y son quienes finalmente pueden precaver frente a los excesos irracionales de las mayorías. Cuando se dice el derecho y se realiza la justicia se debe atener exclusivamente a criterios de racionalidad, razonabilidad y metódica estrictamente jurídica, aun cuando sus dictum aparezcan contrarios a los propósitos de las mayorías políticas. Si bien la lucha por el derecho inicia en el Parlamento, termina en los tribunales de justicia. Desde este punto de vista, el papel del juez debe estar al lado de la democracia real y de la realización de la justicia, no necesariamente de parte del gobernante ni de sus coyunturales mayorías políticas”. Luis CASTAÑO ZULUAGA (2009) ob. cit., nota 275, p. 80.

³⁴⁴ Este tema lo hemos desarrollado con mayor detención al tratar la polémica de la interpretación como acto de conocimiento o de voluntad.

³⁴⁵ En caso de que un juez no compartiera en absoluto las creencias, prácticas sociales y valores morales dominantes, creemos que ni siquiera debiera ser nombrado juez constitucional, y probablemente no lo sea dado el tipo de nombramientos a los que generalmente se recurre. De esta forma, al menos en las materias centrales, esta adecuación a la cultura ocurrirá en forma espontánea, pues será altamente probable que los jueces compartan el “núcleo esencial” de estas creencias, o que al menos representen a algunas de las subculturas relevantes de una sociedad. Si acaso ocurriera que en casos específicos y marginales, los integrantes de los órganos de justicia constitucional no compartan los valores colectivos, no nos parece correcto que hagan prevalecer sus particulares creencias o convicciones. Salvo razones morales insalvables, creemos que los jueces constitucionales no pueden ignorar las normas morales prevalentes ni la cultura jurídica de un país.

Sin embargo, debemos hacernos cargo de una crítica que sostiene que el Tribunal Constitucional es un cuerpo de elite a la que no cualquiera puede acceder. Generalmente se requerirá, entre otras cosas, ser abogado, tener cierta trayectoria, prestigio y estudios (lo que a su vez supone una cierta posición económica y social) y algún grado de vinculación política, lo que de alguna manera ubica a buena parte de los postulantes dentro de un colectivo específico y culturalmente limitado (sería poco probable encontrar anarquistas o pobres dentro de los candidatos) lo que ciertamente reduce su representatividad. No obstante, esta circunstancia no parece haber planteado, en la práctica, problemas serios.

“De ahí que se exija por parte de los ciudadanos y de los justiciables a quienes integran o llegaren a integrar los tribunales judiciales, a los operadores jurídicos, ciertos criterios de racionalidad y una excelente metódica jurídica al momento de asumir su trascendental como delicada misión de decir el derecho. Solo si las decisiones judiciales arraigan en criterios

Naturalmente, ello no quiere decir que no pueda haber diferencias de criterio y valoraciones entre los distintos miembros del Tribunal Constitucional. Sin embargo, hay un núcleo de valores donde este problema no debiera presentarse, dejando las diferencias sólo para las “áreas de penumbra” que el propio modelo concibe.

La naturaleza de estos elementos estabilizadores es doble en muchos sentidos. Serán a la vez externos o culturales, e internos o subjetivos, pues es normal que los miembros de una comunidad internalicen o hagan propias muchas de las normas y valores de la cultura a que pertenecen³⁴⁶.

Al mismo tiempo, junto con constituir límites subjetivos, también podrán ser objetivos u objetivables, pues el consenso existente sobre una determinada materia o sobre la legitimidad de una costumbre o conducta podrá constatarse como un hecho factual (recurriendo a mediciones especializadas), aunque en la mayoría de los casos ello será de suyo evidente³⁴⁷.

Pero el hecho de que estos límites existan, y en muchos casos puedan demostrarse en forma objetiva, no permite sostener que su contorno sea claro ni preciso, ni que ofrezcan una visión estática. Ello vuelve a dar al juez un espacio de flexibilidad, generando espacios que serán particularmente sensibles frente a los cambios que acompañen a los valores y conceptos, de acuerdo a los tiempos y las formas de vida. La existencia de abundantes votos de minoría en la práctica de los Tribunales Constitucionales parece una prueba en este sentido.

serios de racionalidad y de razonabilidad jurídica se puede hablar de la autonomía e independencia del poder judicial”. Luis CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, p. 91.

En contra de tal argumentación se encuentra BORK (2009), ob. cit., nota 296, p. 130-132, 251-259; quien desde una posición opuesta y a nuestro juicio extrema, señala que la única función del Tribunal Constitucional debe ser interpretar lo que los redactores de la norma quisieron, pues sólo ellos cuentan con legitimidad. Con ello, lo que realmente correspondería cada vez que hay un cambio en la forma de entender los márgenes de las conductas permitidas o adecuadas (los espacios para la libertad de expresión, por ejemplo), sería modificar el texto constitucional, con todos los evidentes problemas que ello traería aparejado. Además, suponer que el criterio queda rígidamente fijado por sus autores, supondría en muchos casos atribuir derechos permanentes a los muertos sobre los vivos, lo cual resulta evidentemente absurdo, además de injusto e inviable en cuanto a resultados operativos. Nos parece que esta postura se fija rígidamente en la “legitimidad” del creador de la norma, la que por lo demás, no existe en aquellos casos en que las Cartas Fundamentales hayan nacido luego de periodos de excepción constitucional y precariedad democrática.

³⁴⁶ Para las comunidades culturalmente más cerradas, lo que para muchos se presenta como evidentemente cultural, a ellos parece pertenecer al orden natural. Por ello, estos límites podrán ser, a su vez, e indistintamente, conscientes o inconscientes.

³⁴⁷ Hay valores universales e indiscutidos, como por ejemplo “no hacer daño a inocentes”. Hay otros que son masivamente compartidos, pero que admiten cierto nivel de discusión o matización, como por ejemplo la menor protección que tienen los personajes públicos en materias de vida privada (de hecho, se verifican algunas diferencias significativas entre culturas (Estados Unidos frente a Inglaterra, por ejemplo). Asimismo, como señala MORESO, “los miembros de la comunidad donde está vigente la Constitución Española poseemos el concepto de trato degradante y somos capaces de aplicarlo con verdad a algunos casos. De esta manera, nuestros enunciados constitucionales subsuntivos son aptos para la verdad (...). “Un concepto sin casos claros de aplicación no sería ni siquiera un concepto”. José Juan MORESO (2000), ob. cit., nota 86, pp. 110-111.

A la hora de determinar el contenido social o contextual de estos límites, así como de los valores constitucionales interpretados, deberemos analizar nuevamente el derecho como una realidad social. De esta manera, “el trasfondo que les da sentido y comunicabilidad”, al igual como ocurre con el lenguaje y con los significados de las palabras de uso cotidiano, no es fijo ni permanente, sino que se vinculará al contexto social donde ocurra.

Por ello, MORESO señala que pese a la ambigüedad filosófica y lógica de los conceptos, los miembros de una comunidad podemos decir que formamos parte de ella en buena medida porque compartimos un lenguaje.

Algunos autores han señalado que los jueces recurren a argumentos para justificar su decisión, fundados en una razonabilidad común, buscando generar consenso a través del intercambio y la persuasión. Y esta argumentación debe conectarse con la realidad social y evolutiva de cada sociedad, ya que si no será rechazada y considerada injusta. La norma positiva no tiene sentido si se va a colisionar contra este orden objetivo de valores (como por ejemplo hubiese sido la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo en el siglo XIX)³⁴⁸.

Si ello, como creemos, es efectivo, cualquier trabajo de interpretación constitucional deberá realizarse asumiendo esta realidad, que en la práctica obligará al juez a incorporar esas circunstancias a su análisis, y sobre todo, en su pública justificación.

Esta última exigencia permitirá que dichos elementos, siempre presentes en el trabajo interpretativo, emerjan y se presenten de manera más clara, transparente y consciente, abandonando así las penumbras de la subjetividad de cada juzgador, pudiendo ser conocidas, comprendidas y criticadas por la comunidad, y ofreciendo al juez, al mismo tiempo, un espacio para reflexionar sobre las mismas con mayor detención.

Otra consecuencia importante del carácter contextual de la interpretación y del lenguaje se vincula al carácter universal que se predica respecto de los derechos humanos (aunque no de la misma manera de los derechos fundamentales), o más bien, a cualquier intento de aplicar en bloque un determinado modelo a otro país, cultura o época.

El intérprete siempre deberá tener en cuenta las específicas circunstancias en que se encuentra, relativizando, adecuando y adaptando, allí donde corresponda, las experiencias y doctrinas comparadas que se le presenten.

De esta manera, los problemas jurídicos ya no son problemas técnicos, sino técnico-sociales, y la actividad judicial va mucho más allá de la aplicación de una norma, lo que obliga al jurista moderno a tener una mirada más comprensiva e inclusiva hacia otras disciplinas, incorporando en sus razonamientos y criterios que durante muchos años fueron excluidos del ámbito del derecho³⁴⁹. Sólo así podrá minimizar los efectos injustos de decisiones judiciales o legislativas equivocadas. El

³⁴⁸ Remitimos al lector al desarrollo que hemos hecho de este punto al referirnos al criterio lingüístico de la interpretación.

³⁴⁹ En un sentido muy similar, Liliana ORTIZ BOLAÑOS, “La Interpretación Constitucional desde la Teoría de la Razonabilidad”, *Via Iuris* 8, No. 1 (2012), p. 31.

jurista debe incorporar en su razonamiento criterios económicos, sociológicos, psicológicos, entre otros, abarcando en una mejor manera la comprensión y solución de los problemas relacionales, sociales, patrimoniales, y tantos más.

Por ello, KENNEDY, un autor más cercano a las posturas escépticas sobre la interpretación, sostiene que “el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo a la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar”³⁵⁰.

iii.- Autocontención del propio Tribunal Constitucional y limitación al activismo de los demás jueces

En la estructura democrática constitucional, el chequeo cruzado de los diferentes poderes parece tener una excepción: el Tribunal Constitucional. Frente a la amplitud de sus poderes, se ha reiterado como una valiosa cualidad del mismo su “*self-restraint*” o autolimitación, en especial, cuando sus facultades pueden limitar al parlamento, que goza de legitimidad democrática, representa al pueblo y es el espacio concebido para el debate político y la creación normativa. Por ello, la falta de legitimidad directa de los miembros del Tribunal Constitucional, que para muchos es un factor de crítica o al menos de temor, también debe ser comprendido como un mandato de limitación y prudencia a la facultad creativa o discrecional del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, debemos mencionar una situación particular, donde es el propio actuar del Tribunal Constitucional el que limita el activismo de los jueces, pues ellos se ven obligados a actuar conforme a la interpretación que de los mismos (derechos fundamentales), en tanto normas constitucionales, haya realizado el supremo intérprete, es decir, el Tribunal Constitucional³⁵¹.

De esta manera, el Tribunal Constitucional “se interpone entre la Constitución y el juez ordinario a la hora de dotar de efectividad al contenido subjetivo de los derechos fundamentales”³⁵². Pero ello envuelve un cambio relevante, pues las sentencias del Tribunal Constitucional no son sólo referentes, sino fuentes vinculantes para el juez, lo que equivale a decir que el Tribunal Constitucional legisla, o al menos que para efectos prácticos sus tendencias tienen la misma fuerza, o quizá más, que una norma emanada del legislativo. De este modo veremos cómo en muchas materias, la interpretación de la ley será asumida antes por el juez constitucional que por la jurisdicción ordinaria.

³⁵⁰ Duncan KENNEDY, “*Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*”, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá (1999), p. 107.

³⁵¹ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 180.

³⁵² Ello sería una obligación legal establecida por el artículo 7 de la LOPJ, en relación al artículo 5.1 de la CE.

iv.- Desarrollo y utilización de técnicas y razonamientos permanentes y adecuados para la interpretación de la Constitución

En materia constitucional resulta imposible exigir una racionalidad absoluta. Su contenido se estructura en base a principios abiertos e indeterminados y no en base a reglas, lo que obligará al intérprete a interpretar en base a criterios personales y extrajurídicos. Adicionalmente, la lógica de la ponderación impedirá la anticipación de resultados, generando un sistema de jerarquías móviles donde la solución que pueda ofrecerse a un caso concreto sólo podrá determinarse con la sentencia.

Sin embargo, estas dificultades o características de la justicia constitucional no pueden llevar a sostener que ella es arbitraria o carente de reglas o racionalidad. Con el correr del tiempo, se ha desarrollado una disciplina constitucional que ha permitido consensuar una serie de reglas, exigencias y criterios de interpretación y justificación, cuyo seguimiento reducirá los márgenes de discrecionalidad y permitirá dotar a sus decisiones de mayor legitimidad³⁵³. En buena medida, este trabajo trata sobre ello.

3.- Toma de posición respecto de la legitimidad de la actividad interpretativa realizada por el Tribunal Constitucional

Por todo lo ya dicho, compartimos lo señalado por IGLESIAS VILA en cuanto a que el escepticismo frente a la interpretación constitucional “no está justificado, a pesar de que ciertamente, la Constitución se expresa en términos abstractos e incluye un gran número de los llamados “conceptos esencialmente controvertidos”. Por ello, afirma que “tiene sentido asumir que unas respuestas constitucionales son más correctas que otras, y que esta conclusión depende del significado de las cláusulas constitucionales”³⁵⁴.

Por ello, creemos poco probable que los sistemas constitucionales se conviertan en sistemas guiados por la subjetividad del juez constitucional. La existencia de ciertas situaciones puntuales y problemáticas, será inevitable y es un rasgo inherente a cualquier sistema judicial, pero deben resolverse en su mérito.

Por otro lado, los límites a las libertades interpretativas del juez que hemos mencionado, permiten al mismo tiempo un espacio de flexibilidad y cambio frente a valores y conceptos, que, como sabemos, pueden ir variando a lo largo del tiempo. Gracias a esta ductilidad, la jurisprudencia constitucional podrá realizar algunas labores ajuste, como ha sucedido desde hace siglos en el sistema anglosajón, y comienza a hacerlo crecientemente en los derechos constitucionalizados³⁵⁵.

³⁵³ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 175.

³⁵⁴ Marisa IGLESIAS VILA, “*Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la Interpretación Constitucional*”, Doxa, No. 23 (2000), p. 79.

³⁵⁵ Para la doctrina neoconstitucionalista, el agente consciente del cambio constitucional, o de la interpretación evolutiva de la constitución, es el juez constitucional. Pero también el juez ordinario en la medida en que el texto constitucional está sujeto a una interpretación dirigida a obtener

De esta forma, cuando una norma o una interpretación se aleje evidentemente de los parámetros actuales de justicia, y su aplicación amenace con tensionar innecesariamente el orden social (además de ofrecer un resultado que se considerará inadecuado o injusto), es necesario que los jueces –mediante un acto creativo– ajusten y actualicen su contenido a la realidad democrática del momento, renovando así su legitimidad³⁵⁶.

Nos parece además que por la vía de reconocer las expectativas sociales y la cultura imperante no sólo pueden realizarse ajustes de mejor calidad técnica que los que supone el proceso legislativo, sino que se incorpora a la Constitución un mayor grado de legitimidad democrática que el que tendría si simplemente sus intérpretes fueran elegidos por mayoría (voto popular), y ciertamente mayor que si la interpretación se limitara a entender las normas bajo el sentido que les dieron o que quisieron darles sus redactores originales, que es otra alternativa que se ha propiciado.

Ello no significa en ningún caso una invitación a los jueces constitucionales hacia el reemplazo de la voluntad soberana por sus preferencias personales. Sino la constatación de que muchas veces resulta necesario una cierta labora de ajuste del derecho, siempre bajo el encuadre que ofrece la norma misma.

Además, aunque parezca sorprendente, este factor de adaptación histórico y cultural del derecho ha mostrado ser antes un elemento estabilizador y favorecedor de la seguridad jurídica, que una puerta hacia la discrecionalidad y a la incertidumbre. Incluso podrían haber indicios de que la mentada inevitabilidad del aumento de la discrecionalidad judicial asociado a la utilización de principios y la ponderación, también sería algo que puede ser cuestionado³⁵⁷. Ello nos podría ofrecer un cuadro de una estabilidad y certeza incluso superior al conocido en otras épocas históricas.

Finalmente, podemos decir que corresponderá a los teóricos del Derecho “ejercer una especie de control público a las decisiones de los jueces, estando atentos a que

normas directamente aplicables a las controversias. Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 348.

³⁵⁶ Sin embargo, hay quienes llaman a la cautela sobre este punto, debido a sus riesgos. Por ejemplo, POZZOLO señala que la interpretación evolutiva de la constitución quita la tarea de las decisiones políticas de las manos del legislador y la pone en manos del juez, con el consiguiente “riesgo de una concentración del poder en manos de un único cuerpo, el judicial”. Ibid., p. 349.

³⁵⁷ PRIETO SANCHÍS llama la atención sobre el hecho que “los más empeñados defensores de la tesis de la unidad de solución correcta, como DWORKIN, ilustren sus construcciones teóricas mediante los más complejos problemas constitucionales, en los que precisamente una jurisprudencia constructiva a partir de los principios viene a compensar el déficit de racionalidad de un Derecho de reglas o positivista”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 191. Para profundizar sobre el particular, referirse a la reciente aportación de M. IGLESIAS VILA, “*E/ Problema de la Discreción Judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*”, C.E.P.C., Madrid (1999).

Asimismo, la situación tampoco cambiaría mucho respecto del pasado, pues parece sería equivocado creer que en los modelos jurídicos previos no se recurría a los principios (J. HABERMAS (2010), ob. cit., nota 283, p. 325, citado por Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 191). Por ello PRIETO SANCHÍS señala que “tanto con una Constitución de principios explícitos como con un sistema presidido por principios implícitos –al modo tal vez de los principios generales del Derecho– la situación no es muy diferente y que nuestra opinión al respecto (...) no debe alterarse sustancialmente” (p. 191).

estos, en especial los constitucionales, al momento de asumir la tarea de modular el derecho lo hagan de manera metódica, fundamentada jurídicamente, racional y razonablemente en consonancia con los principios supremos sobre los que se cimienta el ordenamiento jurídico”³⁵⁸.

V.- Aspecto problemáticos asociados al proceso de constitucionalización de un sistema jurídico.

Desde el punto de vista de la protección efectiva de los derechos como objetivo central del ordenamiento jurídico, las propuestas que de alguna manera se enmarcan dentro de las posiciones neoconstitucionalistas parecen satisfacer el objetivo en mejor medida que los modelos clásicos. Pero, no por ello, su aplicación ha estado afectada igualmente a críticas y a situaciones complejas. Algunas de ellas han sido eminentemente prácticas, y por lo tanto, susceptibles de corrección por la vía de ajustes. Otras, en cambio, cuestionarán derechamente el modelo constitucional así asumido, obligándonos a tomar aquellas decisiones “críticas” o “trágicas” donde, a sabiendas, optamos por un modelo pese a los problemas y costos que implica.

Mencionaremos a continuación algunas de las principales críticas o cuestionamientos realizados al neoconstitucionalismo, tanto a nivel dogmático como operativo.

1.- Críticas dogmáticas a las diversas aproximaciones existentes

Es “extremadamente difícil una versión estándar de neoconstitucionalismo, que sintetice lo acaecido en tantos países durante tantos años, y asimismo lo expresado por tantos autores de tan diferentes contextos y con tan disímiles puntos de vista”³⁵⁹. No obstante ello, creemos que si existen ciertos rasgos generales, generalmente aceptados y puestos en práctica en casi todos los países europeos, que se diferencian del positivismo preexistente y suponen una forma diferente de comprender el derecho y sus mecanismos y objetivos; de estructurarlo normativamente e interpretarlo; y por cierto de justificarlo.

Para COMANDUCCI “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan, en una primera acepción, una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del Derecho. En una segunda acepción, designan en cambio algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo) constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología. En esta segunda acepción, “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo” designan un modelo constitucional, o sea “el conjunto de mecanismos normativos e institucionales,

³⁵⁸ Luis CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, p. 92.

³⁵⁹ Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 301. En el mismo sentido, Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 265.

realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales”³⁶⁰.

ALDUNATE señala que el neoconstitucionalismo alude “a tres sentidos claramente diferenciables. En primer lugar (...) a determinados rasgos de la evolución constitucional (praxis jurisprudencial, diseño constitucional) de algunos países europeos y latinoamericanos tras la segunda Guerra mundial”, caracterizada por un proceso de constitucionalización del derecho, creación de facultades jurisdiccionales con capacidad de enervar la producción legislativa (ya sea por anulación derivada de inconstitucionalidad, ya sea por inaplicación); praxis jurisprudencial y doctrinaria en torno a un discurso de derechos fundamentales como valores o principios, con eficacia en las relaciones entre particulares, afirmación de la posibilidad de colisión de derechos o principios fundamentales, y aplicación y defensa del método de ponderación para resolverla”³⁶¹.

Sin embargo, señala que “no puede utilizarse, sin más, para aludir a una etapa del constitucionalismo occidental posterior a la segunda Guerra Mundial”, pues no incluye, por ejemplo, al mundo anglosajón³⁶². Además, relativiza los cambios observados en el constitucionalismo europeo y americano durante la segunda mitad del siglo pasado, señalando que las características esenciales de los textos se mantienen, con ciertas variantes en cuanto a los mecanismos de reforma (que siempre fueron superiores a los de las leyes) y al contenido de los catálogos de derechos fundamentales³⁶³.

Luego, indica que la expresión neoconstitucionalismo se usa para referirse a una corriente dentro del pensamiento jurídico, que incluye a una serie de autores que valoran positivamente una serie de rasgos del constitucionalismo contemporáneo, pero que descuidan la reflexión sobre el rol de una Constitución Política y sus límites³⁶⁴.

Finalmente, sostiene que puede hablarse de un neoconstitucionalismo teórico, pero ello presentaría alguna dificultad, pues sus postulados no organizan un cuerpo de conocimientos en forma sistemática, completa y coherente. Como ejemplos de ello señala que la distinción entre reglas y principios omite el análisis de la relación entre “texto” y “sentido”, desde el momento en que alude a textos constitucionales contemporáneos “plagados de principios”. También se refiere a lo que él denomina la “paradoja metafísica” de la Constitución, por cuanto el recurso de incorporar a ella elementos morales y principios no altera el carácter normativo de la misma ni su diferencia con las demás fuentes del ordenamiento jurídico, y por tanto, no explica cómo puede triunfar por esta vía en su “intento de superar el positivismo”³⁶⁵.

Por ello, señala que lo que el neoconstitucionalismo cuestiona es el propio concepto de Constitución. Ya sea expresamente –como en el caso de

³⁶⁰ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 89.

³⁶¹ Eduardo ADUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 100.

³⁶² Ídem.

³⁶³ Ibid., p. 87.

³⁶⁴ Ibid., p. 100.

³⁶⁵ Ibid., p. 101.

ZAGREBELSKY–, ya sea porque ello está implícito en sus postulados o en sus consecuencias, el concepto de Constitución que maneja el neoconstitucionalismo doctrinario es el de un programa, no sólo político sino también social (en la medida en que no sólo toca el ejercicio y relaciones del poder, sino que también los diversos ámbitos de las relaciones sociales), entregado en su concreción final a la judicatura (y no a la decisión resultante de la movilización política electoral que pueda resultar en el juego de las mayorías) en un contexto argumentativo de un alto grado de subjetividad (por la imposibilidad de disciplinar las opciones de entrada incorporadas en la respectiva ponderación)³⁶⁶.

2.- Riesgo de aumento de la inseguridad jurídica

Una de las críticas más fuertes que se hace al sistema de derechos constitucionalizados tiene que ver con los problemas de inseguridad jurídica que puede producir³⁶⁷.

En efecto, parece claro que si permitimos a todos los actores sociales fundar sus pretensiones y alegatos sobre la base de derechos fundamentales, casi cualquier asunto podría convertirse en una disputa constitucional.

Además, la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales, con el sistema de jerarquías *prima facie* que genera, y la interpretación “moral” de la Constitución, con irradiación al resto del ordenamiento jurídico, disminuye necesariamente la certeza del Derecho, al menos en cuanto se le compare con los sistemas basados únicamente en reglas³⁶⁸.

Estas características del constitucionalismo moderno podrían generar una serie de consecuencias indeseadas, como las indicadas a continuación.

Confusión sobre el contenido preciso de las normas vigentes, y sobre cuáles son las normas vigentes, en el sentido que no han sido afectadas por una derogación por inconstitucionalidad sobrevinida.

Los textos constitucionales de derechos fundamentales se imponen por sobre multitud de textos legales, muchos de ellos preexistentes, y por obra del “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales su contenido y alcance podría modificarse en forma sobreviniente, imprecisa y muchas veces impensada³⁶⁹.

³⁶⁶ Ídem.

³⁶⁷ Eduardo ALDUNATE LIZANA, “La Desconstitucionalización de la Constitución”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXII, Valparaíso (2001). Seguimos bastante a este autor en esta parte. En otro trabajo, ALDUNATE vincula la racionalidad de un sistema jurídico con su predictibilidad y regularidad de decisiones. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 93.

³⁶⁸ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 95.

³⁶⁹ Según BASTIDA, en lo que se refiere al ámbito temporal, cabe decir que de acuerdo a su cláusula derogatoria (regla tercera), los derechos fundamentales poseen efectos “hacia el futuro, e implica únicamente la derogación de las normas incompatibles con su contenido material”. Sin embargo, desde muy temprana jurisprudencia nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado que la denominada inconstitucionalidad sobrevinida que produce el carácter jerárquicamente superior de aquella, unida a su carácter de norma superior en el tiempo, conlleva ciertos efectos retroactivos

Asimismo, un nuevo texto constitucional o una reforma del mismo podrían implicar la derogación tácita o cambio de sentido de numerosas disposiciones legales, pero sin ofrecer las necesarias certezas, que sólo vendrán de la mano de una declaración judicial posterior.

A nivel contractual, el problema será idéntico: los pactos y contratos, suscritos entre privados, podrían ser afectados, e incluso dejados sin efecto, por entrar en conflicto con los derechos fundamentales. Esta situación sería especialmente grave e insegura, como explicaremos más adelante (al hablar sobre la amenaza a la autonomía de la voluntad), ya que, sobre la base de argumentaciones constitucionales, cualquier texto normativo podría ser resignificado o reconvertido³⁷⁰.

En efecto, una de las características principales de los derechos subjetivos ha sido a lo largo del tiempo su precisión, determinación, seguridad de contenidos e inflexibilidad, y todas ellas podrían ser afectadas por la constitucionalización del Derecho, que llevada al extremo, relega la Constitución a una situación en que ya no es la regla que establece los límites y asegura la libertad como regla general, sino que pasa simplemente a ser una regla más, pero suprema e irradiadora, que permite al juez fijar los límites de cada derecho, pero siempre en forma posterior. Esta situación podría generar conflictos, pues no puede saberse con total certeza hasta donde se protegerá cada derecho y qué restricciones y limitaciones deberán ser toleradas.

Por ello, conviene que los derechos queden precisados al máximo por el texto legal, evitando que esta actividad quede radicada en la actividad judicial referida al caso concreto. Ello puede generar situaciones de incertidumbre.

GARCÍA AMADO alega que no puede aceptarse que sólo se sepa si los derechos están efectivamente protegidos después del pleito, y no mediante la ley general y abstracta. Señala que esta situación llevaría a confundir al neoconstitucionalismo “con el realismo jurídico más descarnado”³⁷¹.

3.- Riesgo de inflación y desmesura del catálogo de derechos y aumento exponencial del número de disputas judiciales de carácter constitucional

Cada día es más frecuente observar conflictos sostenidos sobre la lógica de los derechos, y en especial de derechos fundamentales. Como hemos señalado, este es uno de los elementos indiciarios del grado de constitucionalización de un

de los derechos fundamentales (STC 9/1981, FJ 3), que no obstante, no pueden generalizarse a todas las disposiciones constitucionales (STC 43/1982, FJ 1). Llama a este efecto “retroactividad en grado mínimo a medio”, aplicable caso a caso, excluyendo por cierto la retroactividad “en grado máximo”, pues iría contra la seguridad jurídica que la Constitución garantiza en su artículo 9.3 (STC 43/1982, FJ 1). Francisco J. BASTIDA (2004), ob. cit., nota 53, pp. 181-182.

³⁷⁰ En el caso de los países pertenecientes a la tradición del *common law* se produciría una situación similar apertura hacia, pues “las reglas establecidas del common law (de Derecho privado) se abrirían a la reinterpretación bajo la luz del Acta de Derecho Humanos”. Ian LEIGH (1999), ob. cit., nota 229, p. 33.

³⁷¹ Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 40, p. 253.

ordenamiento jurídico, que es posible ver, con distintas intensidades, en casi todos los países de Europa y Latinoamérica.

Las cláusulas constitucionales, en su calidad de normas esenciales, universales y superiores del ordenamiento, ofrecen un sólido aliciente en este sentido. No sólo porque son fácilmente memorizables y utilizables por cualquier ciudadano, sino por el hecho de que ofrecen una rica pluralidad de interpretaciones y flexibilizaciones, facilitando el recurso a los mismos y complicando la determinación del derecho aplicable al caso concreto. Por ello, los problemas que se plantean con base iusfundamental, tantas veces tan amplios, vagos y flexibles, no pueden ser resueltos con las técnicas clásicas, pulcras y cuasi matemáticas del derecho privado y del ideal positivista en que éste se había inspirado.

A mayor abundamiento, la tendencia a expandir el catálogo de derechos, y las dificultades propias del proceso interpretativo de cualquier texto constitucional contemporáneo, aumentan naturalmente la cantidad de los conflictos. Asimismo, la falta de necesidad de remitirse a una ley especial para alegar la existencia de un derecho, ha permitido a los ciudadanos plantear cualquier molestia, propuesta o estado de cosas como un asunto de derechos incumplidos.

La discusión sobre estas materias se ve también complejizada debido a que los catálogos de derechos están cruzados por una serie de elementos que se interpretan recíprocamente y que difunden su luz sobre todo el sistema legal: principios, valores constitucionales, derechos fundamentales, bienes jurídicos protegidos, derechos constitucionales recogidos en documentos legales, preceptos constitucionales implícitos y normas de diverso tipo incorporadas por tratados internacionales, que de alguna manera son incorporados al derecho interno de cada país.

Todos estos elementos, actuando en conjunto, han afectado significativamente la antigua rigidez y claridad del derecho privado y público, transformando el derecho en un fenómeno más dinámico y adaptable a los cambios culturales, así como a lo que se espera que sea el actuar del Estado para promover, proteger y defender la “dignidad humana”.

Por tanto, estamos frente a una forma absolutamente nueva de comprender el Derecho, que puede llevar, si no se asume con prudencia, a una inflación y desmesura de los catálogos de derechos, y a un aumento exponencial en la conflictividad de base iusfundamental.

Este protagonismo de los derechos en el Derecho contemporáneo ha sido visto como un problema por numerosos autores. BILBAO UBILLOS señala al respecto que “no podemos dejarnos llevar, en efecto, por una suerte de fervor garantista, porque podríamos anegar el ordenamiento de derechos fundamentales. Se corre el riesgo, en efecto, de un cierto fundamentalismo maximalista en la aplicación de las normas constitucionales, de un voluntarismo entusiasta, bien intencionado, empeñado en la búsqueda de la justicia material del caso concreto, que puede chocar con las exigencias técnicas y lógicas del ordenamiento jurídico y acabar funcionalizando la libertad individual”³⁷². PRIETO SANCHÍS, por su parte, habla

³⁷² Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 377.

del riesgo de desbordamiento del derecho constitucional: “ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate es de carácter constitucional”³⁷³.

Para CIANCIARDO el conflictivismo en los derechos fundamentales está alimentado por el predominio de su comprensión como derechos subjetivos en perjuicio de su dimensión institucional y social³⁷⁴. A ello ha contribuido en parte la comprensión de los derechos como facultades negativas o libertades, sin mención a su necesaria limitación, lo que incentiva a que siempre que se produzca una disputa las partes argumenten la protección de un derecho constitucional³⁷⁵.

Incluso en los llamados “casos sencillos” o “casos no complejos” no escapamos de esta realidad, pues lo que tenemos es sólo la constatación estadística de que son casos sin oposición, tanto en el fuero interno del individuo que juzga, como colectivamente. Tampoco en estos casos tenemos una fórmula o un método que permita determinar su corrección permanente y universal, salvo la evidencia empírica y consensual (que para efectos prácticos, en una época y cultura determinada, puede ser lo suficientemente estable como para ser trabajada como un principio o un valor permanente).

4.- Incorporación a la Constitución de elementos extrajurídicos, que debilitan la certeza y normatividad de las mismas

La utilización de enunciados normativos abiertos y contruidos sobre la lógica del lenguaje natural y moral, ha obligado a completar su interpretación recurriendo a elementos extralegales, lo que evidentemente aumenta la posibilidad de soluciones múltiples, impredecibles y originadas en la subjetividad del juzgador.

Al respecto, ALDUNATE cuestiona la imposibilidad de justificar en base racional a estos elementos de tipo moral que caracterizan a los principios, lo que “significaría que una decisión jurídica basada en juicio morales no puede encontrar, tampoco, una justificación racional”³⁷⁶.

Por otro lado, critica el rechazo del neoconstitucionalismo al positivismo, mientras al mismo tiempo realiza una positivización de la moral objetiva, y no así el resto de las fuentes del ordenamiento jurídico, atribuyéndole al constituyente originario una cualidad distinta a la de otros poderes normativos, y a la constitución una naturaleza jurídica distinta a la de las demás fuentes del derecho³⁷⁷.

Asimismo, señala que ello implica una “desconstitucionalización” de la Constitución, y un traslado de todas las discusiones políticas relevantes al ámbito

³⁷³ PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 338, señala que la expresión es de José Juan MORESO (1997), ob. cit., nota 108, p. 167.

³⁷⁴ Juan CIANCIARDO (2000), ob. cit., nota 93, pp. 152-153.

³⁷⁵ Ibid., p. 156.

³⁷⁶ Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 91 (citando a Carlos S. NINO, “*Ética y Derechos Humanos*”, Astrea Buenos Aires (1989), p. 126.

³⁷⁷ Ibid., pp. 92-93. A este elemento, ya mencionado anteriormente, lo llama la “paradoja metafísica del neoconstitucionalismo”.

constitucional, “ya que bajo la constitución todo está ya decidido en germen, y entregado a la ponderación del juez”. De esta forma, se perdería “el carácter político fundamental de la constitución”³⁷⁸.

GARCÍA AMADO critica la veneración que el neoconstitucionalismo realiza a la Constitución y a sus valores, pues este señalaría que el juez está sometido a la ley pero en menor medida que a la Constitución, y que cuando la ley se oponga a los valores expresados en ella constitución, “el juez podrá y deberá interpretar y decidir *contra legem*, decisión que estaría totalmente justificada por ser *pro constitutionem*, es decir, favorable a los valores constitucionales”³⁷⁹.

5.- Riesgo de activismo y protagonismo judicial, casuismo y detrimento del principio de igualdad ante la ley

Si los derechos fundamentales reflejan un orden objetivo de valores que compromete en su materialización a todos los órganos del Estado, podemos concluir que los jueces, al momento de razonar, fundamentar y fallar, deberán hacerlo ajustándose a la Constitución y armonizando con sus mandatos a toda otra normativa. Como hemos señalado precedentemente, a ello se llama “efecto de irradiación” del contenido material de la Constitución al ordenamiento jurídico³⁸⁰.

Sin embargo, dejar en manos de cada juez la posibilidad de fijar *ex post* el sentido de cada derecho para cada caso concreto, afectaría naturalmente el principio de igualdad ante la ley, que supone la existencia de las mismas reglas para todos, y de una la ley general pública, conocida y previamente definida.

El problema se vería agravado por la heterogeneidad de interpretaciones sobre el contenido de cada derecho, con las inevitables acusaciones de impredecibilidad (particularmente evidente en las tradiciones donde la jurisprudencia no constituye precedente, o allí donde no existe un sistema que garantice adecuadamente la unidad de la interpretación constitucional). Ello, además, desnaturalizaría el carácter universal de los derechos³⁸¹.

³⁷⁸ Irónicamente, concluye señalando que “puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución”. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 99.

³⁷⁹ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “¿Ductilidad del Derecho o Exaltación del Juez? Defensa de la Ley frente a (otros) Valores y Principios”, en Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Escritos Sobre Filosofía Del Derecho”, Ediciones Rosaristas (1999).

³⁸⁰ Esta crucial labor de irradiación del derecho constitucional hacia el resto del ordenamiento corresponderá muy activamente a los jueces, que deberán actuar siempre dentro del ámbito de su competencia y en la forma en que lo señale la ley. Como ya hemos señalado, la tutela judicial es un derecho que requiere la mediación del legislador para permitir su ejercicio y determinar los modos en que podrá hacerse.

³⁸¹ En efecto, diferentes juzgados y jueces definirían el alcance de la protección iusfundamental en los casos particulares en que se solicita, y la coexistencia de diferentes líneas argumentales e interpretativas, aumentaría la confusión de derechos y la incertidumbre sobre los alcances de los mismos. Podemos agregar el riesgo que implica dar al Poder Judicial la facultad de explicitar o limitar los mandatos legislativos por la vía de la interpretación iusfundamental. Ello siempre es posible, pero la vaguedad de los contenidos iusfundamentales, su carácter global y omnicompreensivo, y su natural indefinición y superioridad jerárquica los vuelve particularmente

Por esta razón es conocida la preocupación de KELSEN en cuanto a que los elementos abiertos y de contenido material, al ser incorporados a una Constitución, podrían significar altos grados de inseguridad y arbitrariedad. “El poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y (...) a la mayoría del parlamento”³⁸².

De esta manera, si la Constitución lo regula todo o establece instrucciones para regularlo todo, “desde el Código Penal hasta la fabricación de termómetros³⁸³”, la Constitución democrática vendría a ser reemplazada por la de los jueces³⁸⁴, ejerciendo una suerte de función pretoriana, ajustada a cada caso³⁸⁵.

PRIETO SANCHÍS reconoce que aquello que KELSEN temía representa hoy “la señal de identidad del nuevo constitucionalismo”³⁸⁶, complementando en otro texto que “el neoconstitucionalismo y su herramienta ponderativa doblegan al parlamento, privilegian el elitismo judicial y sacrifican la democracia y la ley en el altar de esos nuevos sacerdotes que son los jueces, unos jueces convencidos de poseer los últimos secretos de la moral y el derecho”³⁸⁷. Por ello, aún dentro del modelo de constitucionalismo de los derechos, se declara partidario de la autocontención judicial, del desarrollo legislativo de los derechos y del principio *in dubio pro legislatore*³⁸⁸.

BILBAO UBILLOS sostiene, con razón, que detrás de estas críticas hay un temor al activismo judicial. Sin embargo, partiendo de la base que en un modelo de neoconstitucionalismo el derecho es naturalmente más judicializado y constitucionalizado y que el juez es el verdadero “señor de los derechos fundamentales”, no ve temores para ello, sobretodo porque un modelo similar ha sido utilizado desde hace siglos por muchos países de la tradición anglosajona,

propicios para que la judicatura realice acciones políticas de alcance particular. Otro problema: el problema de las fuentes a utilizar. Un ciudadano común cuando es demandado no sabe si usar argumentos legales o iusfundamentales, o argumentos legales iluminados por una perspectiva iusfundamental.

³⁸² Hans KELSEN (1988), ob. cit., nota 267, p. 142 y ss.

³⁸³ Ernst FORSTHOFF, “*El Estado en la Sociedad Industrial*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid (1975), p. 242.

³⁸⁴ Robert ALEXY, “*Epílogo a La Teoría de los Derechos Fundamentales*”, Revista Española de Derecho Constitucional 22, No. 66 (2002), p. 13 y ss.

³⁸⁵ Un claro ejemplo de esta situación puede verse en el Recurso de Protección establecido por el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile.

³⁸⁶ PRIETO SANCHÍS señala que precisamente aquello que KELSEN temía representa hoy la señal de identidad del nuevo constitucionalismo. Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 22, p. 215.

³⁸⁷ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 281.

³⁸⁸ Ante la crítica de que “el neoconstitucionalismo y su herramienta ponderativa doblegan al parlamento, privilegian el elitismo judicial y sacrifican la democracia y la ley en el altar de esos nuevos sacerdotes que son los jueces” el mismo PRIETO SANCHÍS reconoce que “el conflicto es posible (y real)”. Reconoce asimismo que “desde que aceptamos la justicia constitucional abrimos una brecha en la omnipotencia de la ley, pero eso se puede conjugar con una invitación a la autocontención judicial. El principio *in dubio pro legislatore* es muy útil y una buena manera de resolver los empates en la ponderación. Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p.281 y 283.

donde el derecho no es precisamente un caos³⁸⁹. Sin embargo, conviene recordar que en estos países, existe un fuerte respeto al precedente judicial, lo que permite anticipar con bastante grado de certeza las respuestas del tribunal, moderando los riesgos y temores de arbitrariedad, casuismo y activismo judicial desmedido.

6.- Tensión entre democracia y los sistemas jurídicos constitucionalizados

Existe cierta tensión en el ideal democrático construido sobre el principio de la mayoría y el ideal democrático construido sobre la búsqueda de la realización de los derechos fundamentales y centrado en la dignidad humana, pues éste último precisamente supone limitaciones específicas al poder establecido, y en particular, al poder del Parlamento y a sus mayorías cambiantes.

Pero puede sostenerse que dichos límites son profundamente democráticos, pues consisten en derechos universales y fundamentales, y por lo mismo, hacen referencia al pueblo en un sentido especialmente directo y real, incluso de mejor modo que la representación obtenida mediante el sufragio. Por tanto, pueden concebirse a los derechos como expresiones o “fragmentos” de la soberanía popular³⁹⁰, por lo que no son ni negociables ni derogables sin romper el pacto social. Concebirlas como mecanismos de garantía anti mayoritarios sería, por tanto, un error, pues se refieren al pueblo entero. Así desaparecería la tensión entre la democracia y las disposiciones constitucionales pues los jueces garantizan que el legislador sea democrático, no para corregirlo o limitarlo³⁹¹.

Lo que si estaría en tensión sería una comprensión de la democracia como método de decisión de los asuntos públicos mediante mayorías, pues la constitución impone serios límites a este proceder³⁹².

³⁸⁹ Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 301.

³⁹⁰ Luigi FERRAJOLI (2006), ob. cit., nota 87, p. 99 y ss.

³⁹¹ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 7. Luego, señala que los requisitos de la democracia deliberativa pueden ampliarse por ejemplo, a que “el elector tenga pleno acceso a la información y que pueda participar sin restricciones y en pie de igualdad con todos los ciudadanos, si entendemos que es también condición de la democracia la garantía de un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces resulta que, en verdad, condiciones de la democracia son casi todas las prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social: los derechos civiles que garantizan la autonomía individual, los de participación que hacen del sujeto un ciudadano activo y, por qué no, también los derechos económicos, sociales y culturales (que, por cierto, en la Constitución española se formulan expresamente como principios optimizables) que proporcionan el sustrato material indispensable para el ejercicio de la autonomía y de la participación. Con lo cual el propósito restrictivo en gran parte se esfuma y la justicia constitucional recobra toda su competencia sobre el conjunto de la normativa constitucional, desde aquella que directamente regula el ejercicio de la democracia hasta la que pretende juridificar la política, pasando desde luego por aquella otra que diseña una cierta forma de organización social. Entonces, una vez más, la irremediable sombra de la ponderación hace acto de presencia” (p. 8).

³⁹² Es lo que ha sido denominado por John ELSTER como la “paradoja de la democracia”, de acuerdo con la cual “cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada a sus predecesoras”. John ELSTER, *Ulises y las Sirenas*, trad. de J.J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica (1979), p. 159. Este autor es citado por José Juan MORESO, *Mundos Constitucionalmente Posibles*, Isonomía, No. 8 (1998), p. 142.

Una buena manera de simbolizar la operatividad de esta lógica está dada por la figura de Ulises atado al poste para no ser engañado por “cantos de sirena”, lo que en materia constitucional daría lugar a una racionalidad imperfecta. ELSTER lo desarrolla de la siguiente manera: “Ulises no era completamente racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era, sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de una manera directa. Su situación –ser débil y saberlo– señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales”³⁹³.

De esta manera, la adopción de una democracia es como una persona sobria limitando su actuar para cuando posteriormente este ebria³⁹⁴, estrategia que vale tanto a nivel individual como colectivo: limitar las posibilidades de acción en el futuro para conseguir contenidos especialmente valiosos.

Así, el constituyente ata a las futuras generaciones y les da un marco de acción -normas fundamentales- que ordenan la vida social y permiten que los riesgos o daños sean controlados. En ella la desmesura es limitada, y determinadas materias quedan excluidas del debate político cotidiano y de la regla de la mayoría. De este modo, las reglas del juego constituyen el juego en sí, justificando además cierta rigidez de la norma constitucional.

De esta manera, se refleja una diferencia ideológica sobre el modelo de organización política buscado, donde una visión más individualista y liberal favorecerá las restricciones al principio de mayoría (a favor de la protección de la libertad individual y los derechos de la personalidad), mientras una visión más republicana privilegiará la legitimación de las normas por su vinculación a criterios mayoritarios (democráticos), postergando las formas de control y la protección de garantías³⁹⁵.

Resulta evidente que el constitucionalismo moderno y las comprensiones clásicas de democracia están en permanente tensión. Pero concordamos con PRIETO SANCHÍS cuando afirma que “es saludable mantener esa tensión (...) (antes) que romper la cuerda por cualquiera de los extremos”³⁹⁶.

Inseguridad y pérdida de sentido del ordenamiento jurídico mediante la irrupción en el mismo de un orden de valores que hace referencia a un sentido moral de carácter extrajurídico.

GARCÍA AMADO critica al constitucionalismo hoy dominante por la veneración que realizan de la Constitución y de sus valores³⁹⁷, como lo harían ZAGREBELSKY y otros.

³⁹³ John ELSTER (1979), ob. cit., nota 392, p. 66.

³⁹⁴ Stephen HOLMES, “*Precommitment and the Paradox of Democracy*”, en Elster-Slagstad (eds.) (1988), p. 197 (citado José Juan MORESO (1998), ob. cit., nota 392, p. 157.

³⁹⁵ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 254, p. 163.

³⁹⁶ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 287.

³⁹⁷ Juan Antonio GARCÍA AMADO (1999), ob. cit., nota 354.

En un sentido similar se pronuncia ALDUNATE, quien señala que la consecuencia práctica del neoconstitucionalismo doctrinario es que traslada la discusión de todas las cuestiones políticas relevantes al plano constitucional, donde todo puede considerarse “decidido en germen” y entregado al juez para su precisión y esclarecimiento mediante la técnica de la ponderación³⁹⁸.

7.- Cuestionamiento a la ponderación como método interpretativo

Las principales críticas que ha recibido la ponderación como método interpretativo las desarrollaremos más adelante, en el capítulo especialmente dedicado a ello.

Sin embargo, por ser parcialmente diferente, mencionaremos aquí los cuestionamientos que se han hecho al neoconstitucionalismo y en especial a la ponderación de ofrecer mejores resultados que los ofrecidos por el positivismo, sobretodo en el plano de justificación material y de goce efectivo de derechos.

Al respecto, ALDUNATE señala que en los debates sobre la interpretación y aplicación del derecho desarrollados durante la segunda mitad del siglo pasado, no hay propuestas teóricas que planteen un sistema jurídico que se funde y agote en la técnica de la subsunción. Por ello, los autores neoconstitucionalistas se estarían enfrentando, energéticamente, a un “animal extinto” y que ya no se plantea como alternativa, en vez de plantearse como alternativa frente a “alguno de los otros métodos discutidos en los últimos 50 o ya casi 60 años”³⁹⁹.

Además, al plantear la técnica de la ponderación como la solución a las insuficiencias de la subsunción, no da justicia a ninguna de ellas, pues reduce el debate a dos alternativas únicas. En la realidad, el método ponderativo también deberá recurrir a formulaciones del tipo “reglas” para ofrecer soluciones jurídicas finales a situaciones concretas.

8.- Riesgo de pérdida de espacios de libertad contractual

Otro de los temores que despierta la ampliación de la órbita de los derechos fundamentales hacia el Derecho privado, tiene que ver con la capacidad que bajo su influjo tendrían los tribunales para interferir con las relaciones libremente pactadas entre los individuos.

Esta crítica se agrava significativamente por el hecho de que los argumentos que podrían utilizarse para dejar sin efecto o modificar pactos privados, se fundamentan en conceptos indeterminados y dinámicos, como son habitualmente los de contenido iusfundamental, dejando la determinación de su alcance a la aplicación que para caso concreto realice el juez.

³⁹⁸ ALDUNATE agrega: “Se constitucionaliza el derecho, claro está, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde. Dicho de otro modo, puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la constitución”. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 99.

³⁹⁹ Ibid., pp. 97-98.

Al analizar este aspecto, conviene recordar que el contenido de los derechos fundamentales no se encuentra definidos del todo, y su interpretación es dinámica, como bien puede verse a lo largo de este trabajo. Por ello, si entendemos que las normas constitucionales pueden afectar a las relaciones privadas, ellas se volverán menos claras y seguras.

De esta forma, la vigencia de los derechos constitucionales en el ámbito privado podría restringir, o al menos, amenazar la autonomía de la voluntad y la seguridad de los contratos.

Los primeros casos que acogieron la tesis de la eficacia horizontal de los derechos en Alemania dan prueba de ello. Uno de los casos más emblemáticos, utilizado generalmente para mostrar las ventajas de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, es aquel por el cual el Tribunal Laboral Federal Alemán declaró inconstitucional una cláusula contractual que afectaba a una enfermera de un hospital privado, y que le prohibía contraer matrimonio (se establecía como causal de término de la relación laboral). El órgano judicial laboral que conoció el reclamo de la enfermera declaró inválida la cláusula por considerar que ella infringía los derechos fundamentales a la protección de la familia, del matrimonio, al libre desarrollo de la personalidad, sosteniendo además que algunos derechos eran “reglas de ordenación de la vida social”.

Si bien en este caso se logró dejar sin efecto una cláusula que indudablemente parece abusiva, la técnica utilizada dejó la puerta abierta para modificar o dejar sin efecto cualquier cláusula contractual libremente pactada. O lo que es peor, ofreció la posibilidad de cuestionar cualquier contrato válido, alegando afectación de derechos fundamentales. Ello solo debilitaría las posibilidades de libertad contractual, generando inseguridad en las relaciones entre los individuos (y junto con ello el comercio, etc.)⁴⁰⁰.

La posibilidad de que una cláusula contractual pueda ser declarada “contraria a la Constitución”, puede ser particularmente problemático en la tradición del Derecho privado, construida desde tiempos inmemoriales sobre el paradigma de la libertad de contratación y sobre la lógica de la igualdad y autonomía operativa entre las partes en juego.

Por tanto, su cuestionamiento afectaría la seguridad que requieren las relaciones y compromisos entre privados, sobretodo en el largo plazo. Un cambio de comprensión en este sentido, podría generar un efecto estructural significativo, obligando a modificar buena parte de la dogmática del derecho civil⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Es oportuno decir que luego de las críticas, los Tribunales Constitucionales han sido más cautos para intervenir en los contratos celebrados entre privados, desplazando, modificando o dejando sin efecto sus cláusulas sobre la base de una motivación iusfundamental. Sin embargo, en el ámbito donde más amplitud se ha dado a este efecto, es el laboral, donde las diferencias de capacidad negociadora entre empleador y trabajador justifican, en general, esta práctica.

⁴⁰¹ De alguna manera, la expansión horizontal de los derechos supone una atenuación significativa de la línea divisoria entre lo público y lo privado. En relación con el detrimento en la autonomía privada, el autor Stephen GARDBAUM agrega que una “aproximación vertical es el deseo de una división en lo público y privado ante el alcance de los derechos constitucionales, dejando a la esfera privada libre de la regulación constitucional. La conocida justificación para esta división

Además, ello podría gatillar un grave problema procesal, tanto de flujo como de calidad jurisprudencial, pues de no mediar un sistema de control, o al menos de costos y desincentivos adecuados, abriríamos un enorme espacio para la litigación de contenido contractual, constitucional y iusfundamental⁴⁰².

Los problemas que una situación de este tipo ofrecería saltan a la vista y afectarían a toda la estructura jurídica y comercial (el comercio, la financiación, los tratados internacionales, etc.), por lo que ha sido señalado como uno de los puntos más débiles del modelo neoconstitucionalista y, especialmente, de la eficacia horizontal. Por ello, en la realidad, cuando ha sido ejercida, lo ha sido con cautela.

Dentro de España, BILBAO UBILLOS, por ejemplo, señala que extender la eficacia de los derechos individuales a la esfera de las relaciones jurídicas entre particulares no tiene sentido e incluso podría ser contraproducente, porque dichas relaciones se establecen, por principio, libremente y entre iguales⁴⁰³.

En el mismo sentido GÓMEZ BERNALES sostiene que desde sus comienzos históricos los derechos fundamentales fueron concebidos como freno a los excesos del Estado, y que extenderlos a los actores privados puede acarrear “niveles intolerables de inseguridad en el derecho privado, atribuyendo a los jueces y a otros poderes facultades de interferencia en relaciones libremente convenidas”⁴⁰⁴.

GARCÍA MACHO, va más lejos en su entusiasmo, señalando que “la introducción de particulares en el círculo de los destinatarios de los derechos fundamentales sociales significaría el fin de la libertad personal, de la autonomía privada, de la libertad de contrato y del derecho privado”⁴⁰⁵.

Frente a la crítica planteada por algunos sectores de la dogmática privatista en cuanto a los riesgos que la eficacia horizontal podría significar, especialmente vinculados con su capacidad para alterar contratos ya pactados libremente, han

recae en los valores de la libertad, la autonomía y la privacidad. La función más crítica y distintiva de una Constitución es proveer ley para el legislador, no para el ciudadano, por ende completando lo que de otra manera sería un serio vacío en el ordenamiento legal”. Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, p. 394.

⁴⁰² De hecho, si se considera que un pacto libremente celebrado afecta derechos fundamentales, no podría ser exigible, al menos ante un tribunal estatal. El efecto procesal de un sistema basado en esta doctrina puede llegar a ser muy relevante, pudiendo convertirse en un verdadero problema público de incentivos para litigar. En efecto, de no ponerse sólidas cortapisas a esta situación, muchos serían los contratos que intentarían echarse abajo por la vía de “afectar derechos fundamentales”. Incluso, podría haber un problema de “selectividad”, porque no parece racional que todas las relaciones sean susceptibles de control constitucional, por problemas de escasez de recursos.

⁴⁰³ Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, p. 240. El mismo autor (en p. 283) señala que ello “puede ser una especie de caballo de Troya que destruya el sistema construido sobre la base de la autonomía privada” (citando temores que no comparte) y por otorgar al juez un protagonismo desmedido (sobre todo porque cualquier asunto tiene una vertiente constitucional y de derechos fundamentales).

⁴⁰⁴ Citado por Francisco José SALMONA MAUREIRA, *“Decisión Judicial y Colisión de Derechos Fundamentales”*, Tribunal Constitucional de Chile, (2008). p. 27.

⁴⁰⁵ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY (1998), ob. cit., nota 61, p. 62, citando a Ricardo GARCÍA MACHO, *“Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a una Vivienda”*, Instituto de Estudios de Administración Local (Madrid, 1982), p. 91.

surgido una serie de cuestionamientos precisamente a los supuestos de base de ese bien civil protegido.

Estas críticas (o contra críticas) se han fundado principalmente en el carácter falaz del presupuesto de igualdad de posiciones y real autonomía de las partes para contratar a que hace referencia el Derecho Civil. En efecto, es correcto decir que las premisas liberales sobre los que se fundan buena parte de las críticas esgrimidas sobre la eficacia horizontal han mostrado ser “total o parcialmente falsos”⁴⁰⁶, pues la autonomía y la libertad, en el plano del derecho de contratos, sólo es una ficción, o una “petición de principio”.

Muchas veces se ha ignorado la verdad sobre este punto. Sería absurdo desconocer que rara vez las posiciones de los contratantes son equivalentes, y por lo tanto, lo que aparece como “libremente” pactado obedece muchas veces a situaciones de autonomía restringida, al menos para una parte.

El Derecho privado se construye a partir del supuesto jurídicamente operativo de que los ciudadanos son suficientemente capaces como para protegerse frente a los demás ciudadanos, ficción que ha permitido simplificar el derecho patrimonial y darle mayores espacios para su desarrollo. Sobre esa base, los pactos y las relaciones adultas que generen obligaciones serán asunto privado, donde el Estado no tiene espacios para moralizar, participar o restringir (salvo en casos de delitos, actos expresamente prohibidos por ley, seguridad nacional, orden público).

Sin duda, esta ficción ha sido de utilidad en el mundo del tráfico patrimonial, especialmente por su funcionalidad. Incluso, creemos posible sostener que sin esta simplificación y reducción de complejidad, su desarrollo se hubiera visto seriamente limitado.

Pero frente a las necesidades y reclamos sociales actuales, representa una postura poco adecuada dado el mayor celo existente en cuanto al respeto hacia los derechos de los involucrados. Ello exigiría tener las herramientas suficientes para revisar aquellas cláusulas en que se han comprometido derechos fundamentales indisponibles, o se ha abusado de una posición en forma contraria a los mandatos constitucionales.

Es decir, lo que se ha cuestionado ha sido el carácter real de la “autonomía contractual”, llamando la atención sobre las fuertes desigualdades existentes en la vida contractual, muchas veces capaz de afectar la libre voluntad de los particulares. PRIETO SANCHÍS ha señalado que ha sido precisamente el descorrimento de este velo lo que ha permitido la extensión horizontal de los derechos fundamentales⁴⁰⁷.

De la mano de esta crítica, tenemos la propuesta que argumenta que si lo que realmente quisiera buscarse fuera el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad (y no la consolidación de los derechos fijados en los contratos), la mayor horizontalidad debería ser vista como un elemento positivo y favorable, pues no es

⁴⁰⁶ Francisco J. BASTIDA (2004), ob. cit., nota 53, pp. 181-182.

⁴⁰⁷ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, pp. 208 -209.

posible ejercer verdaderamente ningún tipo de autonomía (e incluimos en ella a la contractual), sin que los demás derechos fundamentales estén protegidos.

En efecto, si los derechos fundamentales buscan proteger la libertad y la autonomía, parece poco probable que puedan afectar la autonomía de la voluntad, pues como dice HESSE, “un Derecho Civil que descansa sobre la protección de la personalidad y sobre la autonomía privada forma parte de las condiciones fundamentales del orden constitucional (...) la libertad privada de la persona, que el derecho civil presupone y para cuya salvaguardia y desarrollo dispone normas y procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir. Y esta última sustenta a su vez el libre desarrollo de la personalidad recogido como derecho fundamental en la Constitución”⁴⁰⁸.

De lo anteriormente dicho parece quedar clara la importancia de hacer de la autonomía privada una realidad de hecho más que un supuesto de derecho. Ello puede requerir una modificación de las prácticas estatales y judiciales, pero no un cuestionamiento de los fundamentos del derecho privado.

De hecho, frente al propósito de reforzar la autonomía contractual, la eficacia horizontal puede constituir una buena herramienta, aunque no exenta a de problemas. Un mecanismo complejo, pero sin duda apto para solucionar algunos problemas (por ejemplo el caso de la enfermera alemana) y dar más realce y compromiso constitucional a otras figuras ya existente, como por ejemplo, los vicios del consentimiento.

Así, la regulación de la autonomía privada, por la cual se evita que una parte más fuerte abuse de una más débil, establece requisitos y condiciones para la legitimidad de los actos jurídicos. Esta regulación, que generalmente se realiza mediante normas de rango legal, más que restringir la “libertad personal”, lo que de verdad hace es encauzarla y hacerla posible, permitiendo que sea legítima y real, aumentando la seguridad y certeza del derecho y la realización de los derechos fundamentales como un todo.

Bajo la misma lógica, suponiendo que la autonomía privada es un principio contenido en cualquier catálogo de derechos fundamentales fundado sobre la idea de dignidad humana, podemos decir que todo intérprete deberá intentar armonizar los diferentes derechos con la capacidad de las personas de contraer obligaciones libremente, y con la necesidad de que sus contenidos sean seguros, estables y ejecutables por la fuerza. Por ello, no existe una verdadera amenaza de unos por otros, sino por el contrario, dada la elevación de la autonomía a rango constitucional, como un avance y un reconocimiento a la necesidad de armonizar su manifestación con objeto de un máximo desarrollo de las potencialidades de las personas. Bajo un régimen constitucional, por tanto, entendido correctamente, los derechos (incluida la autonomía), quedan mejor consagrados y protegidos.

Sin embargo, recurriendo a la misma línea argumentativa, se puede llegar a conclusiones diferentes, pues la falta de paridad y la necesidad de reforzar la

⁴⁰⁸ Konrad HESSE, *"Derecho Constitucional y Derecho Privado"*, (traducción de Ignacio Gutiérrez), Civitas Ediciones (1995), p. 86.

autonomía, no vuelve necesario extender el efecto de los derechos fundamentales hacia las relaciones entre privados, ya que ellos cuentan ya con una serie de instituciones para corregirla, en caso que se produzca, entre ellas los mecanismos de anulación de contratos por vicios de la voluntad, las cláusulas prohibidas (objeto ilícito) y los mecanismos más recientes como los de protección al consumidor. Es decir, el derecho privado ya contiene los elementos para evitar su incompatibilidad con los demás derechos constitucionales (cláusulas prohibidas, objeto ilícito por contravenir el orden público, etc.)⁴⁰⁹. Obviamente, esas herramientas privadas se pueden perfeccionar, ampliar, modernizar, pero ello no supone modificar la estructura del derecho ni nos lleva a justificar la horizontalidad, sino por el contrario, a evitarla.

Por todo lo anterior, creemos, junto a PECES-BARBA, que siempre que analicemos la influencia de los derechos fundamentales en relaciones particulares, se debe actuar con cautela, aceptando en general las obligaciones libremente pactadas, porque acá la ponderación se debe realizar considerando otros bienes y principios, como el de autonomía de la voluntad, que generalmente no aparecen en el derecho público. Ello impedirá una aplicación “brutal y rígida” de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado⁴¹⁰.

9.- Reducción de facultades del poder legislativo y detrimento en la capacidad jurídica de los textos legales

Una de las principales críticas planteadas al modelo del “constitucionalismo de los derechos” es la reducción del espacio de libertad dejado al ámbito parlamentario y legislativo, lo que podría generar un empobrecimiento de la deliberación pública y la vida política. En efecto, dado que no hay ninguna cuestión relevante que no pueda ser constitucionalizable, y dado que la Constitución presenta un denso contenido material y normativo, cualquier problema podría resolverse en base a ella, permitiéndonos prescindir de toda la extensa reglamentación infraconstitucional.

El aumento del poder de la Constitución y de los jueces no puede darse en el vacío, y significa naturalmente, una redistribución de los poderes ya existentes. Por tal razón, la problemática asociada a este punto debe ser mirada con especial cuidado, pues implica una reforma a la estructura política de considerable magnitud.

⁴⁰⁹ Este punto será especialmente desarrollado al analizar la posibilidad de renunciar a un derecho fundamental por vía contractual.

⁴¹⁰ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), ob. cit., nota 144, p.627. Precisamente por ello, nuestro texto constitucional ha concebido al Estado, además de cómo Estado democrático de derecho, como Estado Social, y ha encomendado a su aparato la remoción de los obstáculos que hace que dicha libertad e igualdad individual o colectiva no sean reales y efectivas (art 9.2 CE). PABÓN señala que los derechos fundamentales no pueden resolver directamente una contienda civil, pues ello arruinaría el sistema de libertades que precisamente funda y promueven dichos derechos. Pero por medio de los conceptos indeterminados, susceptibles de juicio de valor, si puede darse interpretación. Para PABÓN, esto sí constituye una diferencia entre “ilegalidad” e “inconstitucionalidad” y por tanto, diferencia las competencias del Tribunal Constitucional (citado por Ana POYAL COSTA (1991), ob. cit., nota 10, p. 204).

En efecto, la constitucionalización del derecho y la judicialización de los conflictos privados podría llevar a un paulatino cambio de sede para la función de desarrollo y delimitación de los derechos, desde el Poder Legislativo (que perdería una de sus facultades esenciales) al Poder Judicial, que asumiría, al final del día, la responsabilidad última de aplicar y definir el contenido de cada uno de los derechos fundamentales garantizados por la constitución.

Esta situación no solo debe llamar nuestra atención por el enorme cambio del eje del poder que significa, sino también por implicar la pérdida de un espacio adecuado para la deliberación pública, la representación y la crítica. Los Tribunales no parecen ser un espacio adecuado para este ejercicio propio de la democracia⁴¹¹.

Por otro lado, en un escenario donde todos los conflictos comienzan a argumentarse sobre un discurso iusfundamental, se corre el riesgo de dificultar cualquier regulación a la configuración y alcance de los derechos, salvo que se recurra a la vía constitucional para ello. El abandono del instrumento legislativo para esta tarea podría tener innumerables complicaciones, vinculadas por ejemplo a los quóruns, a la pérdida del carácter de texto fundamental de la Constitución, expansión y detallismo de los catálogos de derechos, a su menor perdurabilidad y menor seguridad en el tiempo, a la predisposición al activismo judicial frente a determinadas situaciones, entre otras.

Esta situación ha sido referida por algunos autores como una pérdida del rol esencial de la Constitución. Si consideramos que el objetivo de ella es dar el cauce donde se desarrolle la vida política, dando un orden y una unidad al sistema político y legal, la idea de una Constitución garantista y operativa, desde el comienzo perdería su característica esencial de “cauce”, transformándose en una “supra ley” de aplicación general. En este esquema, ALDUNATE critica esta expansión como un proceso de “vulgarización y bagatelización de la Constitución”, que afecta también a su función integradora, pues mientras su contenido más se expande, “más probabilidades hay de que...en vez de ser referencia de un acuerdo, se torne punto de quiebre”⁴¹².

Sin embargo, creemos que la realidad dista de acercarse a estas apocalípticas imágenes. Además, la presencia en el texto fundamental de derechos establecidos en forma de principios generales, abiertos y parcialmente indeterminados, aleja la idea de un contenido material cerrado y rígido, que remplace totalmente la labor

⁴¹¹ Por otro lado, se empobrece el proceso político: la cuestión fundamental, cuando los jueces deciden cuestiones políticas importantes a la luz de la Constitución, no es tanto si tienen o no la legitimación democrática para hacerlo: sino que, al hacerlo, las sustraen del proceso político democrático, el cual pierde áreas en las cuales la participación democrática pueda influir, eliminando, con eso, motivos para la participación”. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2001), ob. cit., nota 367, p. 34.

⁴¹² ALDUNATE critica la pérdida del carácter de texto fundamental de la constitución, para transformarse simplemente en una norma legal con supremacía sobre el resto. Eduardo ALDUNATE LIZANA (2001), ob. cit., nota 367, p. 34. Ver también Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3; Eduardo ALDUNATE LIZANA, “*La Colisión de Derechos Fundamentales*”, Revista Derecho y Humanidades 11 (2005); Eduardo ALDUNATE LIZANA, “*La Titularidad de los Derechos Fundamentales*”, Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 1 (2003); Eduardo ALDUNATE LIZANA, “*Derechos Fundamentales*”, Legal Publishing, Santiago de Chile, (2008).

del legislador, o que lo convierta en un mero ejecutor del documento constitucional⁴¹³.

Pese a que la limitación de las posibilidades de actuar del parlamento, del juez, de cualquier otra autoridad, e incluso de los particulares es algo expresamente buscado, también han existido muchas razones que han llevado a que esta restricción no asfixie los espacios que requiere la vida democrática. Por ello, no parece adecuada la crítica de que “lo que el modelo neoconstitucionalista nos muestra es la geografía de un espacio en el que la saturación de derechos sustanciales hace imposible la política”⁴¹⁴.

La primera de estas razones –que actúan como verdaderas estructuras de contención a los impulsos absolutistas que cualquier persona o autoridad pudiera tener– es el carácter indeterminado y abierto de la mayoría de las normativas constitucionales con contenido sustancial. Ella, como hemos visto en otro apartado, es una característica propia de este tipo de textos y enunciados, por lo que su concreción requerirá interpretación, discusión y sobretodo, expresión de preferencias subjetivas.

Una segunda razón, quizá más importante, podría incluso considerarse como un mandato implícito de toda Constitución democrática, o al menos, como un principio de prudencia: la legitimidad democrática del legislador.

En efecto, si creemos que la confección de la ley y el diseño de las políticas públicas corresponde a las autoridades elegidas, debe existir en favor de ellas una presunción de libertad y de legitimidad que llevará al Tribunal Constitucional (o a cualquier jurisdicción con facultades constitucionales) a actuar en forma muy cauta y restrictiva antes de imponer su criterio o dejar sin efecto sus normas. El riesgo de no hacerlo, sería precisamente afectar este principio, deviniendo inconstitucional y generando una tensión que a todas luces deseamos evitar.

Por tal razón, podemos decir que la propia Constitución ofrece a los actores políticos, y en especial al legislador, espacios para fijar prioridades, estrategias y reglamentaciones que de distinta manera busquen materializar los principios constitucionales, asumiendo que son muchas las posibilidades de acción posibles al amparo del texto constitucional. Y al mismo tiempo, ofrece una preferencia frente al legislador a la hora de regular y desarrollar el contenido constitucional.

10.- Existencia de mejores modelos para lograr los mismos objetivos

El argumento crítico más de peso es operativo y postula que es posible proteger y promover los derechos fundamentales en el ámbito privado recurriendo a herramientas y mecanismos ya conocidos y aceptados por el derecho, permitiéndonos lograr efectos similares, pero sin dismantelar ni cuestionar las estructuras existentes.

⁴¹³ “Por muy material que quiera ser, ninguna Constitución podría descender a la regulación de tantos detalles que hiciera superflua la acción del legislador”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 327.

⁴¹⁴ Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 40, p. 254.

Entre estas herramientas estarían los principios generales o los criterios de justicia y equidad, habitualmente utilizados para interpretar y dar sentido a normas de todo tipo. Es decir, la expansión de los derechos fundamentales al orden privado, no sería ni necesaria ni conveniente para asegurar su protección⁴¹⁵. Para BILBAO UBILLOS, en una crítica que compartimos, no sería necesario recurrir a la aplicación horizontal para mejorar la protección de los derechos. Así lo ha entendido también como bien la tradición norteamericana, que ha implementado mecanismos de tutela general suficientemente buenos, sin modificar el modelo clásico, al menos formalmente.

11.- Crítica al sistema de derechos fundamentales como un todo

Algunos autores realizan un planteamiento interesante desde un punto de vista conceptual, pero de escasa aplicación práctica en el contexto actual, pues cuestiona el sistema de derechos fundamentales como un todo, presentando medidas y propuestas razonables para su reemplazo.

A pesar de que equivocadamente podría presumirse la comodidad del mundo iusnaturalista frente a un sistema constitucional que consagrara positivamente lo que han sido sus principales propuestas (normas anteriores al Estado, emanadas de la naturaleza humana, que deben entenderse incorporadas a todo ordenamiento, etc.), muchos autores importantes dentro de dicha tradición tienen una posición bastante crítica frente a estos temas, en especial frente a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y a los métodos utilizados para resolver y enfrentar los conflictos que entre ellos se presentan⁴¹⁶.

Por ejemplo, ORREGO sostiene categóricamente que “los principios racionales generales y la argumentación moral general no son suficientes para resolver controversias jurídicas”⁴¹⁷, agregando que “los derechos humanos no pueden funcionar como categoría conceptual de razonamiento, sino solamente como categoría conceptual para expresar abstractamente algunos deberes de justicia – al señalar sus objetos en general – y para enunciar concretamente, aunque no del modo más preciso, algunas conclusiones del razonamiento práctico ético y jurídico sobre el mejor modo de proteger y de respetar a las personas”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ En relación con el detrimento en la autonomía privada, el autor Stephen GARDBAUM agrega que una “aproximación vertical es el deseo de una división en lo público y privado ante el alcance de los derechos constitucionales, dejando a la esfera privada libre de la regulación constitucional. La conocida justificación para esta división recae en los valores de la libertad, la autonomía y la privacidad. La función más crítica y distintiva de una Constitución es proveer ley para el legislador, no para el ciudadano, por ende completando lo que de otra manera sería un serio vacío en el ordenamiento legal”. Stephen GARDBAUM (2003), ob. cit., nota 136, pp. 390, p. 394.

⁴¹⁶ Ver por ejemplo FINNIS, ORREGO Y VILLEY. Los derechos son conceptualmente omnicomprendidos (“reemplazan a la ley natural como vinculación supraconvencional del orden a la sociedad. Históricamente, se puede comprender la justificación de esta concepción de los derechos fundamentales como la modernización discursiva de la filosofía jurídica teológica cristiana”). Pablo MARSHALL BARBERÁN (2010), ob. cit., nota 155, p. 45, citando a FINNIS y a GARCÍA HUIDOBRO.

⁴¹⁷ Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 316.

⁴¹⁸ Ibid., p. 313.

Por ello, el mayor problema de planteamiento jurídico iusfundamental tal como hoy la conocemos, y del tipo de debates y argumentaciones a que da lugar, es su facilidad para dar pie a cualquier respuesta, y la consecuente capacidad para transformar todos los asuntos jurídicos en ejercicios argumentativos retóricos *babelianos*, que muchas veces sólo serviría para ocultar una toma de posición obtenida en forma intuitiva (que muchas veces será correcta, según lo sea la capacidad intuitiva del juzgador)⁴¹⁹, mostrando las carencias de la argumentación iusfundamental y alejándonos irremediabilmente de la realización de ciertos bienes prioritarios para el derecho: seguridad, certeza, y soluciones predecibles y justificables racionalmente, entre otras. Según ORREGO, ello equivale a la arbitrariedad y en muchos casos a la hipocresía, sobretudo dada la falta de relación entre el criterio que lleva a la toma de decisión y al que se emplea para justificarlo frente a la comunidad, proceso que generalmente se hace cuando la decisión de fondo ya ha sido tomada⁴²⁰.

VI.- Toma de posición

Por todas estas razones, sin desconocer el aporte político y cultural que el establecimiento de los catálogos de derechos humanos como una suerte de nuevo decálogo laico, generalmente respetado y venerado por la comunidad internacional, y de sus beneficiosos efectos en la progresiva dignificación de la vida humana en buena parte del planeta, se puede decir que como criterio de solución de controversias jurídicas no resulta adecuado, o que al menos requiere de numerosos perfeccionamientos y ajustes.

Las propuestas de solución desde esta perspectiva son algo más complejas, y parten del supuesto de que en el derecho contemporáneo dominante, el problema central se configura desde los conflictos entre derechos abstractos, y no entre acciones debidas o prohibidas, de acuerdo a una norma jurídica⁴²¹, en circunstancias que “la frontera que divide lo justo y lo injusto no tiene que ver con los bienes (e intereses) afectados, ni tampoco, por tanto, con los derechos fundamentales que se enuncian para amparar esos bienes”⁴²². El verdadero problema se origina en que nuestros sistemas jurídicos han utilizado una categoría impropia (los derechos fundamentales) para expresar y garantizar lo justo.

Toda la problemática de los derechos nacería de esta confusión de supuestos de base, y la solución a ello no puede ser otra que la corrección de este punto de partida por medio del regreso a un esquema tradicional de principios y normas (reglas) “que describan adecuadamente diferentes tipos de acciones y que proporcionen las razones de por qué pueden ser obligatorias, prohibidas o lícitas, y bajo qué circunstancias relevantes”⁴²³.

⁴¹⁹ Ibid., p. 327.

⁴²⁰ Ibid., p. 313.

⁴²¹ En un sentido similar, GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín GARCÍA HUIDOBRO (2005), ob. cit., nota 79, pp. 62-63.

⁴²² Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 332.

⁴²³ Ibid., p. 313.

Pero dado que ya no parece posible prescindir de la lógica de los derechos, GARCÍA HUIDOBRO propone mirar los derechos como un proceso que siempre deben ser actualizados en el caso concreto, evitando el conflicto de cualidades abstractas, para pasar a un conflicto de intereses⁴²⁴.

Una forma de solución podría ir por la vía de la concreción o especificación de los derechos, realizado en forma progresiva y consistente⁴²⁵, pues ni la ponderación ni la jerarquización permiten decidir y justificar decisiones racionalmente partiendo desde principios o derechos abstractos.

Ello permitiría dar a todo el derecho una estructura mucho más clara y segura a la hora de interpretar y delimitar contenidos.

En ese esquema, los derechos fundamentales serían entendidos como algo muy valioso, que da fundamento a los derechos jurídicos, permitiéndonos distinguir claramente entre la dimensión de idea de la dimensión jurídica. Todo órgano del Estado, incluyendo el legislativo, debiera estar guiado y motivado por estos principios, asegurándonos la existencia de una serie de derechos subjetivos específicos y debidamente tutelados⁴²⁶.

Adicionalmente, dado el énfasis que el constitucionalismo moderno pone en la justicia de los resultados, en el caso de ausencia de normas, se podría entender que el juez estaría dotado de ciertas facultades de materialización de la Constitución, comprometiéndolo también con la exigencia constitucional dada a todos los órganos del Estado de materializar y comprometerse en la realización efectiva de los derechos fundamentales). El modelo de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, desarrollado en Alemania, no es más que una especificación de esta idea⁴²⁷.

Siguiendo esta lógica, DE DOMINGO señala que los derechos fundamentales deben ser definidos como “aquel ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que la Constitución reconoce como digno de protección”⁴²⁸, otorgándole por lo mismo una especial protección y configurandodicho ámbito como principio

⁴²⁴ Joaquín GARCÍA HUIDOBRO (2005), ob. cit., nota 79, p. 65.

⁴²⁵ John FINNIS *“Natural Law and Natural Rights”*, Oxford University Press (1980), p. 218 y 221; y Ronald DWORKIN, *“Law’s Empire”*, Harvard University Press (1986), p. 293 y ss., ambos citados. Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 336.

⁴²⁶ Tomás DE DOMINGO y Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *“La Interpretación de la Garantía del Contenido Esencial y la Estructura de los Derechos Fundamentales”*, en *Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas*, Tomás DE DOMINGO and Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, Comares (2011), p. 49.

⁴²⁷ Del mismo modo, la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, señala en su preámbulo que “la unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación” (...) “para ello es necesario, dándoles mayor proyección mediante una carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”. Ibid., p. 50.

⁴²⁸ A nuestro entender, la Constitución no debe entenderse como documento, sino que abarca todo aquello de contenido “constitucional”.

básico del ordenamiento, que opera como límite frente a las pretensiones del legislador y de otros poderes públicos y que es garantizado judicialmente ⁴²⁹.

Para este autor, dos claros ejemplos de la especial protección que actualmente gozan los derechos fundamentales serían “el respeto a su contenido esencial, o el reconocimiento al titular de la facultad de recurrir la lesión a través del cauce procesal oportuno”⁴³⁰, lo que según el mismo confirmaría esta tesis.

De esta manera el elemento “bien” (tanto para el titular del derecho como para el bien común) prima sobre las facultades para su protección, que sin desaparecer, quedan subordinadas a la primera⁴³¹.

Cualquier solución a este problema, deberá aceptar que solo las acciones individualmente consideradas⁴³² serían realmente susceptibles de juicio valorativo moral y jurídico. Lo que hasta ahora se ha venido haciendo, y los problemas derivados, ha sido la natural consecuencia de “jugar un juego con las reglas de otro”, o más bien, de exigir a ciertas estructuras (los derechos fundamentales, enunciados para amparar ciertos bienes e intereses fundamenatales,) un resultado y un comportamiento que por sí misma no son capaces de dar: actuar como criterio para distinguir lo justo o injusto dentro de un sistema jurídico⁴³³.

Por tanto, la solución a este problema exigiría volver a un esquema tradicional “que describa adecuadamente diferentes tipos de acciones y que proporcione las razones de por qué (ellas) pueden ser obligatorias, prohibidas o lícitas, y bajo qué circunstancias relevantes”⁴³⁴. De hecho, cuando analizamos actos y pretensiones, la utilización de derechos abstractos y principios sólo ha mostrado complejizar la discusión, donde los participantes muchas veces ni siquiera cuentan con un punto de partida común⁴³⁵.

Esta propuesta, en apariencia extremadamente positivista, legalista y formalista, no debe despertar temores por sí misma. De hecho, debemos recordar que esta ha sido la forma utilizada para proteger bienes jurídicos valiosos desde mucho antes de la masificación del neoconstitucionalismo, y quizá, con mejores resultados (de hecho, muchos de esos mecanismos los encontramos actualmente presentes en nuestra legislación civil, penal, procesal, etc.).

La necesidad de adoptar visiones del Estado, de la justicia y del derecho que permitieran hacer más real y efectiva la promoción, defensa y protección de los derechos esenciales del hombre, especialmente frente al “posible arbitrio de los

⁴²⁹ Tomás DE DOMINGO y Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 429, p. 50.

⁴³⁰ Ídem.

⁴³¹ LECAROS URZÚA Juan Alberto. *“Los bienes jurídicos protegidos y su tutela. Análisis desde una perspectiva de la ética de la naturaleza”*. Apuntes de clases, Universidad del Desarrollo (2014).

⁴³² En el mejor de los casos podría plantearse que ello proceda frente a casos a “acciones tipo”, agrupadas de acuerdo a sus elementos relevantes, y siempre que ellas consideren la posibilidad de contextualizar la acción (lo que también podría ocurrir de acuerdo a criterios de relevancia).

⁴³³ Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 332.

⁴³⁴ Ibid., p. 313.

⁴³⁵ LECAROS URZÚA Juan Alberto. (2014) ob. cit., nota 287, p.129.

poderes constituidos”⁴³⁶ constituye entonces una de las motivaciones más evidentes de esta nueva perspectiva⁴³⁷.

⁴³⁶ Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 3, p. 20.

⁴³⁷ De acuerdo con PRIETO SANCHÍS, “Todos los totalitarismos comportan una visión optimista del poder; “por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere quien lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en despotismo”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 332. Se refiere en esto a Luigi FERRAJOLI y Norberto BOBBIO (1995), ob. cit., nota 16, p. 885.

CAPÍTULO II: ROL DEL JUEZ FRENTE A LA INTERPRETACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. TÉCNICAS APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

I.- El juez frente a la interpretación jurídica. Aspectos generales⁴³⁸.

1.- El axioma fundamental: Toda norma jurídica requiere ser interpretada

Dado que las normas no actúan ni explicitan su contenido por sí mismas, sino que dependen para ello de alguien que las entienda y aplique, interpretar es la actividad más relevante y decisiva en la tarea de la aplicación del Derecho⁴³⁹.

La necesidad de interpretar se ve reforzada por el hecho adicional de que el Derecho se estructura desde el lenguaje⁴⁴⁰, y una de las propiedades objetivas de éste es su vaguedad y su capacidad para generar equívocos⁴⁴¹. Por ello, podemos

⁴³⁸ En esta parte del trabajo hemos tomado muchos elementos del excelente trabajo de GARCÍA AMADO sobre la materia. Sin perjuicio de ello, como se verá, discrepamos de muchas de sus conclusiones y desarrollos, y la estructura seguida tampoco es la misma. Juan Antonio GARCÍA AMADO, *"La Interpretación Constitucional"*, Revista Jurídica de Castilla y León, No. 2 (2004).

⁴³⁹ La razón es evidente: dado que la interpretación determina el derecho aplicable, es decir, el criterio que resuelve conflictos o señala prohibiciones y permisiones, optar por una respuesta u otra, o por una técnica u otra, equivale no sólo a reconocer o negar derechos relevantes a un sujeto u a otro, sino también a plantear diferentes modelos ideológicos y valóricos sobre lo que debe ser la justicia y la vida de la sociedad. Por ello, ATIENZA señala que el problema de la interpretación (y en particular de la interpretación constitucional) ha estado en los últimos años en el centro de la teoría jurídica. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, *"Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos"*, Isonomía No. 6 (1997), p. 7.

En el mismo sentido, RUBIO LLORENTE dice que el problema de la interpretación es el asunto más importante de la teoría del Estado y de la teoría del derecho contemporánea. Francisco RUBIO LLORENTE, *"La Forma del Poder"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993), p. 605.

En una buena síntesis MORA RESTREPO señala que: "Para una parte importante de la doctrina especializada, la interpretación constitucional se ha convertido en el tema central del Derecho Constitucional contemporáneo, e incluso de la propia teoría jurídica y del Derecho en su conjunto. Gabriel MORA RESTREPO, *"Neoconstitucionalismo y Razonabilidad Práctica (Marco Teórico Para Una Propuesta de Maestría en Derecho Constitucional)"*, Dikaion 18 (2009), p. 91.

CASTAÑO ZULUAGA agrega que: "la teoría de la Constitución y teoría de la interpretación constitucional son temas ineludibles al momento de abordar cualquier trabajo que se adelante sobre el control judicial de constitucionalidad moderno o sobre los órganos encargados de ejercer el control normativo en un Estado democrático. La tradición hermenéutica cobra inusitada actualidad cuando el mundo del derecho de hoy se abandona a una concepción interpretativa del mismo, a la luz de las teorías estructurantes del derecho, neoconstitucionalista y/o garantista". Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, p. 80.

⁴⁴⁰ MONROY CABRA sostiene que "la interpretación consiste en atribuir un significado a un signo lingüístico". Marco Gerardo MONROY CABRA, *"La Interpretación Constitucional"*, Ediciones Librería del Profesional (2002), p. 1.

⁴⁴¹ PRIETO SANCHÍS señala que el derecho constituye una "artefacto lingüístico" y como tal presenta una "inevitable indeterminación semántica", por lo cual "la aplicación del derecho representa siempre una operación discrecional, a veces un poco y otras veces muy". Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 266.

Como ejemplo de esta indeterminación, GUASTINI indica a la dificultad de fijar un límite entre una compraventa simulada y una donación. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 34.

decir que la actividad interpretativa en el mundo del Derecho será no sólo indispensable, sino también muchas veces compleja y problemática.

A estas circunstancias inherentes debemos sumar algunos factores adicionales que profundizan la complejidad de esta tarea. Entre ellas, tenemos la influencia que tendrán las ideas acerca del derecho y la justicia de cada intérprete⁴⁴², la multiplicidad de métodos interpretativos, y por cierto, las inconsistencias y contradicciones que muchas veces quedan en los textos y que se explican en su proceso de elaboración, discusión y negociación⁴⁴³.

Por todo lo señalado, no es posible determinar el sentido y significado de un texto jurídico mediante una actividad lógica, semántica, cognitiva y exacta, de mera aplicación. La interpretación jurídica es, por definición, un acto complejo, en el que participan varios elementos y criterios, tanto objetivos como subjetivos.

Además, deberemos considerar la existencia de una serie de elementos implícitos y, por tanto, no incorporados a los textos escritos, aunque supuestamente reflejados o contenidos en ellos de alguna manera (axiológica, etc.). Será el propio intérprete, y en buena medida la tradición jurídica, el que nos permita descubrir estos elementos.

Aunque la necesidad de interpretación será más evidente y problemática en los casos más complejos y frente a conceptos vagos, abiertos e indeterminados, ella también existirá en los textos y casos más simples y claros.

De hecho, dado que nunca podremos contrastar una interpretación jurídica con la realidad (en un juicio de verificación de tipo binario -verdadero o falso- como el que se utiliza en las ciencias naturales y exactas⁴⁴⁴), en la realidad operativa y social

⁴⁴² Ibid., p. 33. Este autor señala que los presupuestos teóricos con que el intérprete se acerca al texto legal condicionan "fatalmente" su interpretación. Como ejemplo irrefutable de ello, cita la influyente doctrina establecida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Marbury en el año 1803, que sostuvo por primera vez que toda Constitución escrita implica el principio de que toda ley contraria a la Constitución es nula, y por tanto, puede así declararse judicialmente. De esta manera nació al mundo del derecho el principio de la superioridad jerárquica de la Constitución, aunque es claro que este principio no figura (al menos expresamente) en la Constitución Americana, constituyendo uno de los ejemplos más claros de una "norma implícita" y del aporte que la jurisprudencia puede hacer al derecho.

Es interesante notar la reacción que tuvo esta sentencia en Europa, donde el rol de la ley y la importancia de la seguridad jurídica eran sin duda más valorados que la capacidad judicial para generar derecho. "Con alarma se interpretó el hecho de que los jueces pudieran dejar sin efecto, así fuera en un caso particular, una ley emanada del legislador, cuando éste, en virtud del principio democrático de la representación, dispone del poder soberano para hacer la ley. Se consideró que con el poder que asumían los jueces de conocer de demandas de inconstitucionalidad contra leyes, se rompía el principio básico de la separación de poderes y se habló, por entonces, del "gobierno de los jueces". Vladimiro NARANJO MESA, *"Qué Papel Juegan los Tribunales Constitucionales en el Sistema Político?"*, Revista Economía Colombiana (2001), p. 489.

⁴⁴³ A la natural falibilidad del redactor debemos sumar las presiones de tiempo y sobretodo los compromisos y concesiones a que se opta por llegar en un proceso de negociación donde muchas veces el autor es colectivo.

⁴⁴⁴ Son muchos los autores que se han pronunciado sobre este punto. Por ejemplo, KENNEDY afirma que "estoy perfectamente consciente de que la regla no es un objeto físico y que decidir cómo aplicarla implica un proceso social y, por lo tanto, de alguna manera un proceso subjetivo". Duncan KENNEDY (1999), ob. cit., nota 350, p. 217.

propia de la aplicación del Derecho siempre podrán presentarse diferencias entre intérpretes, que obligarán al lector a contrastar su propia comprensión con la de los demás actores, sean estos privilegiados o no. No podrá decirse, simplemente, como en las ciencias, que una opinión es equivocada, al menos pretendiendo justificar la crítica en forma objetiva.

A lo sumo, las lecturas de las mismas podrán llevarnos, en algunos casos, a comprensiones general o mayoritariamente aceptadas, o a validaciones por parte de la jurisprudencia asentada o de aquel intérprete que tiene el poder de realizar interpretaciones auténticas o definitivas (jueces), al menos para situaciones concretas. Pero ello constituye una realidad factual y eventualmente dinámica, no necesaria, y nada nos dice sobre la corrección del método utilizado para dar sentido a la norma⁴⁴⁵.

De todo lo anterior, podemos emitir tres afirmaciones significativas:

a) No está dentro de nuestras posibilidades el prescindir de la interpretación de las normas jurídicas, y ella sucederá aún en los casos en que el intérprete crea y afirme lo contrario. En otras palabras, no es posible concebir un sistema de normas sin un acto humano que lo comprenda y explicita su sentido, sus límites y sus objetivos. Se quiera o no, siempre existirá necesidad de interpretación.

b) El Derecho, como realidad social y operativa, como norma, sólo existe verdaderamente con posterioridad a la actividad de la interpretación. Bajo esta comprensión, podemos definir la interpretación jurídica como aquello que permite que éste pueda ser comprendido y precisado adecuadamente respecto a su contenido⁴⁴⁶. Ello nos permite distinguir entre enunciados jurídicos (es decir, el texto de la ley) y normas jurídicas (el significado concreto y operativo dado por el intérprete a los enunciados jurídicos para aplicarlos a un caso particular y emitir una decisión)⁴⁴⁷. En algún sentido, podemos decir que las primeras no producen efecto alguno, por lo que sólo las segundas serán realmente “Derecho”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ En un sentido similar nos parece que apunta ALEXY cuando señala que “la ciencia del Derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central es: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginados? Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez”. Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 33.

⁴⁴⁶ “La interpretación jurídica consiste en el análisis de una complejidad de normas y conductas sociales, pero de una práctica social de organización institucional que, a su turno, procede a la interpretación de normas que le conciernen. Desde entonces se exigen trámites metódicos apropiados, y surgen nuevos problemas”. Valentín PETEV, *“Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI”*, Ediciones Universidad Externado de Colombia (1996), p. 33.

⁴⁴⁷ Los primeros son los textos que el legislador o la autoridad normativa ha señalado como tales (frases, enunciados, etc.). Las normas jurídicas, en cambio, son lo que el intérprete legitimado considera que dichos textos señalan y disponen para un caso particular.

“La disposición jurídica no es normativa en estricto sentido sino cuando entra a regular, a afectar un caso dado real y específico, y es normativa al momento de su aplicación en manos de juez que actúa como intérprete, previo proceso hermenéutico de concreción jurídica. Es decir, la disposición jurídica, si bien es creada o establecida por el constituyente o por el legislador, no entra a afectar, a regular la realidad sino cuando un representante del Estado como en efecto es el juez le otorga dinamismo y la hace realizable convirtiéndola en normativa. Una cosa es la

c) Dada la multiplicidad de técnicas e interpretadores, no será posible obtener una sola respuesta sobre el significado del Derecho⁴⁴⁹, y cuando el consenso sobre una norma haga parecer que ello está ocurriendo, nada nos garantiza que ese consenso perdurará establemente en el tiempo. Es decir, el Derecho se funda sobre bases que pueden ser en la práctica, estables y duraderas, pero que no construidas sobre realidades necesarias, inmutables o percibidas unívocamente.

Quizá una buena prueba de lo anterior es la existencia de la institución de la “cosa juzgada”, una de las características más antiguas del Derecho y el elemento esencial y más relevante de las sentencias judiciales y de la actividad jurisdiccional, y que permite establecer, para un caso particular, el sentido oficial de la norma, prohibiendo, por acto de autoridad, cualquier discusión o desacato de la misma. Claro está que el poder de esta institución proviene antes de la autoridad que la emite que de la calidad o corrección de su contenido, que para objeto de lograr el efecto es secundario, y siempre susceptible de cuestionamientos. Si la interpretación del derecho fuera una actividad uniforme y objetiva, y los hechos se encontraran claramente probados, probablemente el efecto de “cosa juzgada” tendría una importancia sustancialmente menor.

disposición jurídica que se contiene en el texto de la norma y otra cosa es la “norma jurídica” propiamente dicha”. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 32.

Lo normativo no resulta ser propiamente la disposición jurídica, el arquetipo diseñado por el constituyente o por el legislador (según sea el caso), pues para llegar a serlo a cabalidad requiere del concurso del juez, puesto que como lo dice MÜLLER, “ninguno de los datos de entrada o inputs del trabajo jurídico: “texto de la norma” y “estado de hechos”, es normativo. Sólo lo son, merced a su concurso (el del juez), los resultados”. Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, p. 91.

⁴⁴⁸ Partiendo de esta base podríamos discutir y analizar, en otro momento, sobre el valor de la reflexión jurídica abstracta, no vinculada ni indirecta ni potencialmente a un caso concreto, si acaso ella fuera posible. De alguna manera el derecho, entendido como normas jurídicas imperativas, sólo existe allí donde hay una situación particular que requiere una solución. En este sentido, GUASTINI manifiesta la doble indeterminación del derecho, que nos obliga a distinguir entre la atribución de significado a un texto normativo realizado en abstracto, por el cual identificamos su contenido sin referencia a ningún caso concreto, de la calificación jurídica de un supuesto hecho en concreto, frente a una norma (el campo de aplicación de una norma, ya identificado por el proceso anterior), generalmente mediante subsunción, en una controversia específica. Si bien de algún modo lo segundo supondría lo primero, ambas actividades son independientes y diferentes. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, pp. 30-31.

En un sentido similar, ORREGO sostiene que el razonamiento jurídico siempre tendrá por objeto una sentencia judicial, es decir, será eminentemente práctico. Por ello, los ciudadanos que razonan jurídicamente lo hacen “ad imagenem iudicis”, ofreciéndole razones, guías o críticas. Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 318.

⁴⁴⁹ En el mismo sentido, Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “*Los Derechos Fundamentales*”, Tecnos, Madrid (2007), p. 257. Por ello, algunos autores, plantean la posibilidad de una “pluralidad de soluciones posibles” (Aharon Barak, “*Judicial Discretion, Trans. Yadin Kaufmann*”, Yale University Press (1989), p. 28). A su turno, MORESO habla de mundos constitucionalmente posibles. José Juan MORESO (1998), ob. cit., nota 392.

Por otro lado, al referirse a la justicia constitucional, PRIETO SANCHÍS señala que “la presencia frecuente de votos particulares, lo que demuestra efectivamente la “pluralidad de opciones hermenéuticas”, a la que llegan juristas expertos y legitimados para ello, alejando la ingenua idea del derecho como una actividad matemática”. Asimismo, la existencia de estos fallos divergentes muestra el peso que los elementos extrajurídicos (culturales, políticos, morales) tienen en el razonamiento y decisiones de cada uno de los miembros del tribunal. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, pp. 191-192.

2.- Importancia y utilidad de desarrollar y perfeccionar técnicas de interpretación⁴⁵⁰

Tal y como hemos señalado arriba, dado que el sentido final y operativo de la norma jurídica es el que se obtiene luego de su interpretación, la importancia de esta actividad es evidente.

En materia constitucional la interpretación cobra una importancia decisiva, dado el lugar de privilegio que como norma tiene en la arquitectura del sistema normativo, el efecto irradiador de sus preceptos y el carácter indeterminado de muchas de sus normas de mayor contenido material.

Asumiendo que la labor de interpretación es inevitable e inherente al Derecho, a todos conviene que esta sea hecha sobre bases razonables, compartidas y asegurando respuestas y niveles de justicia adecuados y consistentes con los objetivos del orden jurídico⁴⁵¹.

Ello obliga a desarrollar técnicas de la interpretación que permitan al intérprete alcanzar soluciones justas y aceptables, en base a criterios de solución conocidos y con márgenes de discrecionalidad judicial reducidos en base a los principios y reglas jurídicas sustantivas y a los mecanismos, procesales y argumentales, que exijamos a su actuar.

Dada la pluralidad evidente de mecanismos y técnicas, es importante ser conscientes de las posibilidades y limitaciones de unas y otras.

El desarrollo de un pensamiento estructurado sobre la interpretación del derecho ha sido relativamente tardío, problema que se acentúa en materia constitucional. En las últimas décadas, en parte forzados por las nuevas exigencias del constitucionalismo contemporáneo, el tema ha generado más interés⁴⁵² y muchos autores han hecho aportes, ofreciendo diferentes reflexiones y criterios para resolver los problemas más comunes que enfrenta esta actividad⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Sobre la importancia de contar con un buen sistema de análisis e interpretación constitucional, véase dos obras de José Juan MORESO (2000), ob. cit., nota 86; y (1997) ob. cit., nota 108.

⁴⁵¹ “No nos podemos resignar sin más a aceptar que la Constitución no sea más que lo que el Tribunal Constitucional diga qué es”. Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, pp. 92-93.

La labor de la justicia constitucional debe estar pues orientada a una interpretación creativa, que no libre, en tanto condicionada por elementos normativos analizados en un modelo de razonabilidad, que implicará, necesariamente, “un juicio valorativo y prudencial del que sólo puede ser responsable el propio intérprete”. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 177.

⁴⁵² Ibid., p. 175.

⁴⁵³ Esta falta de tradición, inevitable en el constitucionalismo moderno, tiene quizá mucho que ver con la falta de desarrollo de una dogmática que la estudie y explique en forma razonable, unificando criterios y realizando síntesis sucesivas. Al respecto, PRIETO SANCHÍS señala que en general los trabajos de interpretación dejan en el jurista una sensación de “frustración o amargura”. En España (y añadimos nosotros en los países latinoamericanos) prima la “doctrina codificadora y de la subsunción y de pronto se encuentra, en el mejor de los casos, con las barrocas construcciones hermenéuticas que parecen querer hacer difícil lo fácil, o con las prolijas y casuísticas teorías norteamericanas que pretenden mostrar la sencillez de lo imposible, cuando no abiertamente ante los epígonos del normativismo -entre los que modestamente me encuentro-, siempre dispuestos a calificar la interpretación como acto creativo y a los jueces como órganos

A pesar de la uniformidad alcanzada en muchas prácticas, estas elaboraciones aún están en plena fase de desarrollo. En el plano doctrinario, la mayoría de las ideas y conceptos relevantes para estos asuntos, por ahora sólo captan la atención de un reducido grupo de estudiosos.

Sin embargo, creemos oportuno dar una mirada sobre ellos, deteniéndonos especialmente en los importantes consensos alcanzados sobre algunas materias (necesidad de justificar la sentencia, uso de la ponderación para resolver conflictos entre principios, principio *in dubio pro legem*, entre otros).

En las líneas que siguen, señalaremos brevemente algunas de las características fundamentales de los principales planteamientos y debates que se han dado sobre la interpretación judicial y sus efectos, sobre todo en lo relativo al tratamiento de los conflictos de Derecho.

Asimismo, revisaremos algunas técnicas más o menos aceptadas y compartidas, según el caso, que han permitido a la interpretación de las normas dar soluciones jurídicamente adecuadas y, al mismo tiempo, respetuosas de las necesidades de certeza, predictibilidad, razonabilidad y adecuación propios de cualquier sistema jurídico.

3.- Legitimidad para realizar la interpretación jurídica

Antes de seguir avanzando, también debemos precisar quiénes están facultados para interpretar y dar sentido a los enunciados normativos.

Una primera respuesta a este punto es clara, pues cualquier persona está legitimada para interpretar el Derecho: adultos y niños, abogados y legos, nacionales y extranjeros, no siendo más que una manifestación de la libertad constitucionalmente reconocida de pensamiento, de conciencia y de expresión⁴⁵⁴.

El Derecho tiene como destinatarios a todos los integrantes de determinada comunidad, por lo que debe poder ser conocido y comprendido por sus destinatarios. En caso contrario, no podría ser obedecido ni asegurada por su medio la necesaria certeza, estabilidad y predictibilidad en las relaciones que se busca.

El conocimiento del Derecho por parte de la comunidad podría tener otros efectos positivos adicionales: aumentaría y mejoraría la participación política, la cultura

políticos”(...). Me parece que desde la perspectiva del jurista tradicional el panorama no puede ser precisamente reconfortante, pues aquello que aprendió -y sigue aprendiendo- en las Facultades de Derecho tiene muy poco que ver con estas enseñanzas; ahora resulta que ni la interpretación es una ciencia, ni la justicia tiene vendados sus ojos, y para colmo el depositario de las esencias jurídicas ya no es la cúspide de la jurisdicción ordinaria, sino un órgano especial con las características que ya conocemos y donde además hay muy pocos jueces de carrera”. *Ibid.*, pp. 196-197.

⁴⁵⁴ Todos los operadores jurídicos crean derecho al interpretarlo (incluyendo jueces, litigantes y estudiantes). Las palabras contenidas en el derecho sólo cobran vida en la medida en que alguien las reproduce. Los textos jurídicos contienen varios significados lingüísticos. Por consiguiente existen múltiples significados que se encuentran a disposición del intérprete.

cívica, el control social de las instituciones vigentes y de los actos públicos, y aumentaría el conocimiento de los derechos y obligaciones de cada cual⁴⁵⁵.

Lo mismo será un indicador y un criterio para determinar la calidad de la democracia. Por lo mismo, transformar la interpretación jurídica en una actividad compleja y sólo accesible a iniciados, es un contrasentido.

Ello no implica desconocer la existencia de algunas personas especialmente entrenadas y capacitadas para hacerlo, o que en el diseño institucional se haya dado a algunas personas la capacidad de dotar de consecuencias jurídicas a sus interpretaciones, en lo que, utilizando un lenguaje kelseniano, podría llamarse capacidad interpretativa *privilegiada* o *auténtica*⁴⁵⁶.

Esta última, sabemos, en general corresponde a los órganos del Estado, de acuerdo a sus propias competencias y facultades, lo que generalmente da un especial protagonismo a los tribunales de justicia (destacando entre ellos los de última instancia).

Será crítico en este punto, por ejemplo, la forma que presente el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes⁴⁵⁷. Sin embargo, prácticamente todas las constituciones contemporáneas tienen mecanismos en ese sentido, variando sólo su forma: entregado a un órgano o tribunal especial (Tribunal Constitucional, con facultades de control a priori o a posteriori), o repartido difusamente, parcial o totalmente, en los diversos órganos de la judicatura (este modelo difuso es más propio de la tradición anglosajona, que a su vez se vincula con el precedente, lo que vuelve a generar un vínculo de jerarquía en el modelo más atomizado).

Se han hecho referencia a otras formas de interpretar, pero no nos referiremos a ellas por tener un interés secundario para este estudio⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ CARBONELL, haciendo referencia a Peter HABERLE (*“El Estado Constitucional”*, UNAM (2001), p. 149 y ss.) señala que “los jueces no deberían ser los únicos ni siquiera los más destacados intérpretes de las constituciones“, propiciando así una sociedad abierta a los intérpretes constitucionales”. Incluso más, siempre un mayor “activismo judicial” va de la mano con un mayor “activismo social”. Prólogo Miguel CARBONELL a libro de Riccardo GUASTINI, (2010), ob. cit., nota 24, p. 24.

⁴⁵⁶ KELSEN sostiene que sólo la interpretación que efectúa un órgano jurídico crea derecho (interpretación auténtica). Hans KELSEN (1986), ob. cit., nota 30, p. 354.

Respecto a la interpretación auténtica de la Constitución, debemos precisar que ella depende de los mecanismos que la propia carta fundamental establezca para garantizar la superioridad de sus normas frente al resto del ordenamiento jurídico. Sin mecanismos que garanticen la primacía constitucional, no tendría sentido hablar de una interpretación constitucional de carácter obligatoria y normativa (privilegiada o auténtica).

⁴⁵⁷ Un abismo de diferencia se abriría según la constitución tenga o no este mecanismo. Por ejemplo, la Constitución Americana no la tenía hasta el caso *Marbury*, que lo creó por vía jurisprudencial. Lo mismo puede decirse de la Constitución Francesa de la Tercera República de 1875 (ambos ejemplos citados por Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 45).

⁴⁵⁸ Para FIGUEROA MEJÍA, el hecho de que la actividad interpretativa sea realizada básicamente por algunos operadores típicos, permite distinguir entre los siguientes tipos de interpretación jurídica:

a) Interpretación auténtica. Existe cuando es el propio legislador quien interpreta el texto que ha expedido, aclarando los términos que ha empleado en la elaboración de una norma. Este tipo de

4.- Formas de abordaje de la actividad interpretativa: Análisis empírico y análisis basado en una determinada ideología

En casi todas partes del mundo, los Tribunales de Justicia están sobrecargados de trabajo, dejando pocos espacios a sus funcionarios para entrar en disquisiciones teóricas avanzadas.

Más aún, podría decirse que ello no es un asunto que deba preocuparnos seriamente, pues la función principal de la judicatura es resolver los conflictos que plantee el cuerpo social, y no elaborar teorías, pues esta labor correspondería antes a la doctrina y a la academia⁴⁵⁹.

Creemos que lo anterior es sólo parcialmente cierto, pues si bien la función primordial de los tribunales es resolver conflictos de acuerdo a Derecho y con efecto de cosa juzgada, también es cierto que el Poder Judicial tiene el deber de justificar sus resoluciones adecuadamente, lo que requiere una técnica y un conocimiento, que muchas veces supone una toma de posición, una justificación e incluso una construcción.

Además, desde su privilegiada posición, necesariamente debe enfrentar problemas de interpretación, debiendo elaborarlos y dar cuenta de ellos al momento de justificar sus sentencias. Podría decirse que por esta vía, los tribunales analizan la

interpretación se realiza a través de una ley sucesiva llamada “ley interpretativa” o “ley de interpretación auténtica”.

b) Interpretación judicial. La efectúa cualquier órgano jurisdiccional en el ejercicio propio de su función. Este tipo de interpretación es entendida como de decisión, ya que los fallos interpretativos de los jueces producen sin duda efectos jurídicos. Asimismo, hay quienes establecen que la interpretación judicial va orientada a los hechos, porque su punto de partida no es ya el texto normativo en abstracto, sino establecer si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una norma en particular, con lo que se desprende que la interpretación del texto normativo y la calificación del supuesto de hecho en este tipo de interpretación van unidas.

c) Interpretación doctrinal. Es realizada por las personas que se dedican al estudio y ejercicio de la ciencia jurídica, la cual lleva a cabo una constante interpretación de reglas jurídicas en relación con la elaboración de conceptos jurídicos de cara a la sistematización del derecho vigente. Cabe hacer dos acotaciones para diferenciarla de la judicial. En primer lugar, esta clase de interpretación es calificada como una recomendación dirigida a los jueces para atribuir a una disposición un determinado significado, pero sólo son “recomendaciones”, ya que sus propuestas pueden ejercer influencia sobre la orientación jurisprudencial de los tribunales, pero también puede que no la ejerzan. En segundo lugar, la interpretación doctrinal, salvo algunas excepciones, se caracteriza por ir orientada a la interpretación de los textos en abstracto, es decir, sin tomar en cuenta ninguna controversia en particular.

d) Interpretación oficial. Tiene lugar cuando un órgano específico del Estado, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación del hecho jurídico en cuestión, buscando la norma jurídica aplicable.

e) Interpretación surgida de otras fuentes. Aquí se agrupan las interpretaciones que realizan las partes en el proceso jurídico, que pueden ser de utilidad para el órgano facultado para la aplicación del derecho en su proceso interpretativo, en atención a la resolución del caso en particular.

En Giovanni FIGUEROA MEJÍA, *“Duplicidad Interpretativa: Interpretación Jurídica en General e Interpretación Constitucional en Particular”*, *Dikaion* 19, No. 1 (2010), pp. 146-148 (las citas son, en lo esencial, literales).

⁴⁵⁹ Ello ha llevado al lugar común tantas veces repetido en forma acrítica de que los tribunales requieren juristas y no teóricos del derecho.

doctrina y la corrigen, participando e influyendo significativamente en el desarrollo de esta actividad.

Desde el punto de vista de la función pública y de la producción de bienes sociales colectivos, los Tribunales tienen la capacidad de desarrollar una técnica de interpretación perfeccionada y común, lo que permitirá a los agentes sociales conocer los alcances del derecho en forma previa, dando mayores garantías, seguridad, estabilidad y predictibilidad al derecho, previniendo y reduciendo la conflictividad.

Analizando este punto desde un esquema más global, enfocado en la reducción y solución de controversias, podemos afirmar que conviene que los tribunales desarrollen, adopten y comuniquen un sistema perfeccionado, coherente y constante de interpretación jurídica. Podría incluso afirmarse que esta función es de tal importancia, que podría ser una de sus tareas esenciales, tan importante quizá como la solución de cada controversia en concreto.

Para comprender mejor esta función basta con imaginar lo que sucedería si, por el contrario, existiera un complejo, confuso y frondoso panorama teórico sobre la interpretación jurídica, que ralentizaría y oscurecería la labor de adjudicación y alejaría a la judicatura de su cometido.

Sólo entendiendo la problemática de la interpretación y de la elaboración de la doctrina desde una perspectiva abierta y comprensiva, podremos abordar adecuadamente los problemas que el derecho plantea en la actualidad.

Más allá del análisis del rol que a los jueces cabe en esta materia, no cabe duda de la importancia que tiene la reflexión sobre la mejor forma de toma de decisiones jurisdiccionales, especialmente en materia constitucional.

En un sistema jurídico caracterizado por la fuerte presencia de derechos fundamentales con capacidad de irrigar todo el ordenamiento infraconstitucional, esta elaboración será una de las tareas más fundamentales, y sólo por medio de su desarrollo será posible conseguir los principales objetivos del derecho: paz social, justicia, estabilidad, seguridad, orden, disfrute, respeto y protección de los derechos, etc.

Además, los jueces se verán sustancialmente favorecidos en el cumplimiento de la labor que se les ha encomendado institucionalmente, con un mapa claro sobre la forma en que deben entender el derecho. Por tanto, una buena guía sobre la interpretación no sólo permitirá generar sentencias más completas y legítimas desde el punto de vista jurídico, sino que además facilitará significativamente la labor judicial, el prestigio y credibilidad de los tribunales, la confianza en la vigencia del estado de derecho, la economía de recursos procesales, la reducción de la conflictividad, entre muchos otros.

Desgraciadamente, en muchas épocas y países, los operadores jurídicos han hecho uso del derecho en forma acrítica, sin entender ni desarrollar adecuadamente los mecanismos utilizados, ni menos sus fundamentos, ventajas y desventajas.

Pero es necesario señalar que esta realidad, de la cual en parte es responsable la falta de recursos (inexistencia de una clase académica, etc.), no ha impedido el

funcionamiento de sistemas jurídicos que operan, bajo ciertos criterios, razonablemente bien, aunque ciertamente su práctica sea muy perfectible y presenten casos donde las soluciones y técnicas observadas merezcan serios cuestionamientos.

Quizá ello sirva para mostrar la solidez y utilidad del derecho como sistema y como necesidad, pues permite, mediante normas prescriptivas y mecanismos relativamente simplificados, un grado de aplicación, vigencia y logro de objetivos significativo, incluso en un contexto de operadores y técnicas imperfectas⁴⁶⁰.

Utilizando una analogía sencilla, podríamos decir que si bien una ignorancia completa en materias médicas es lamentable, pueden obtenerse buenos resultados sin que sea necesario que todos quienes receten o apliquen medicamentos o tratamientos comprendan bien su modo de operar.

Pero la evidencia, por ejemplo, de que durante miles de años los humanos nos reproducimos sin problemas (al menos en términos de especie) y sin necesidad de entender la compleja dinámica que había detrás, en ningún caso justificaría la tesis de que desarrollar conocimientos o mecanismos que permitan la intervención y la ayuda de las madres, padres y el embarazo, no sea de utilidad.

Por las mismas razones, reflexionar sobre los fundamentos del Derecho, su interpretación y formas de operatividad es importante. Sólo perfeccionando nuestros mecanismos e instituciones podremos dar garantías de que las normas serán aplicadas en forma justa, igualitaria y predecible, y sólo de este modo el derecho cumplirá su cometido de aumentar el bienestar social.

Además, y siguiendo la analogía médica que hemos ya utilizado⁴⁶¹, en materia de derechos también nos veremos siempre enfrentados a casos difíciles y polémicos,

⁴⁶⁰ Frente a esta falta de desarrollo es interesante constatar que la ausencia de un desarrollo teórico de la interpretación no ha significado necesariamente aplicaciones equivocadas, o que se haya incrementado el margen de injusticia, abuso y retroceso institucional. Muy por el contrario, orientados por el sentido común y por las pautas propias de la cultura jurídica, los jueces han ido poco a poco realizando avances metodológicos y adoptando soluciones muchas veces sorprendentemente prudentes, satisfactorias y creativas. Es decir, la decisión muchas veces será acertada, si la técnica es compartida y la capacidad valorativa e intuitiva del juez es compartida y adecuada, como grafican con numerosos ejemplos SERNA y TOLLER. Pedro SERNA y Fernando TOLLER (2000), ob. cit., nota 105, p. 109 y ss.

⁴⁶¹ Hay una diferencia importante entre el derecho y las ciencias naturales. mientras en el primero muchos de los postulados son susceptibles de juicios de verificación (verdadero o falso, obtenido mediante el contraste de los postulados con la realidad), en el derecho sólo podemos evaluar una norma o una institución desde un valor predefinido por nosotros mismos, y por lo mismo, subjetivo. De esta manera, que una institución favorezca la libre circulación de los bienes y el crecimiento económico, supone una valoración positiva de este último fenómeno. La prohibición de la brujería, del uso de drogas, de la negación del holocausto judío, del maltrato infantil o de la piratería, obedecen a decisiones de quien tiene poder para imponer las reglas, y por lo mismo, no son posibles de contrastar en la realidad como afirmaciones "correctas" o "incorrectas" sin referencia a una subjetividad (o a una argumentación emanada de una subjetividad) que las valide. Por tanto, el acto de interpretación no es ni puede ser un ejercicio objetivo. Más adelante, el mismo autor señala que "la noción de correcto, por lo menos en el sentido en que utilizamos la palabra en las matemáticas, la ciencia o la lógica, no se puede aplicar al caso del derecho". Duncan KENNEDY (1999), ob. cit., nota 350, p. 218.

que no responderán a los tratamientos comunes y que requieran un instrumental y una argumentación más compleja. Y no es correcto ni aceptable renunciar a ofrecer soluciones adecuadas para estos casos, argumentando que estadísticamente son de rara ocurrencia.

De la misma manera, sólo podremos decir que un médico, o un jurista, ha actuado en forma arbitraria o irresponsable, cuando su conducta se aleje notoriamente del “estado del arte” o de las técnicas generalmente utilizadas, lo que genera un mecanismo de contención y predictibilidad de la actividad interpretativa. Pero para que ello sea posible, previamente es necesario que estos criterios hayan sido desarrollados y hayan alcanzado un aceptable grado de aceptación.

Al estudiar la realidad de las prácticas interpretativas, especialmente en materia constitucional, constatamos la existencia de una gran variedad de criterios y técnicas⁴⁶².

Por ello, cuando nos refiramos a ellas debemos ser muy cuidadosos al distinguir entre las descripciones y explicaciones del trabajo jurisprudencial, y las propuestas, críticas y preferencias personales en favor de una práctica u otra.

CIFUENTES MUÑOZ afirma sobre el particular que "tecnificar la redacción del derecho, traspasar las disposiciones legales a fórmulas cuasi matemáticas (debido a la pretensión de exactitud que ha dominado todo el discurso de la modernidad, que en el ámbito jurídico se ha traducido en una pretensión de claridad de la ley), deja de ser una solución, en cuanto la legitimidad y eficacia del derecho se logran en la medida en que sus normas se encarnen en el entorno social, y esto sólo es posible asumiendo cierta dosis de informalidad, de proximidad de sus términos al hombre común". Asimismo sostiene el autor: "se podría decir que una de las lecciones que el nuevo derecho ha pretendido sacar de la crisis del positivismo, consiste precisamente en desechar la pretensión de un derecho que funcione tan bien como un buen reloj". Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, *"Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional"*, Revista Foro 21 (1997), p. 13.

Por su parte, VON KIRCHMANN sostiene que: "Cuánto mejor sería que la ciencia del derecho pudiera abordar como las ciencias naturales directamente su objeto (...). El Sol, la Luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millones de años. La rosa florece aún hoy día como en el paraíso. Pero el Derecho cambia desde entonces". Y agrega: "Si se prosigue la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en la circunstancia de que el Derecho no sólo consiste en el saber sino también en el sentir, que la sede de su objeto no se encuentra sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias (se piensa en las ciencias naturales) están libres de aditamento (...) la ley positiva es en su determinación final pura arbitrariedad". En seguida pone de manifiesto toda la precariedad de la ciencia del Derecho: "La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del déspota. ¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Nueve décimas partes y aún más tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, falsedades, anacronismos y arbitrariedades de las leyes positivas (...) por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto se convierte ella misma en azar, tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho". Julius HERMANN VON KIRCHMANN, *"El Carácter a-Científico de la Llamada Ciencia del Derecho"*, Documento presentado en la Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho, citado por Arthur KAUFMANN, *"De Kirchmann a la discusión epistemológica actual"*, Filosofía del Derecho, (2012), pp. 128-129.

⁴⁶² Esta situación sería de impacto muy menor si fuera la propia autoridad normativa la que señalara en forma completa los criterios de interpretación. Pero ello ciertamente no sucede.

La primera categoría corresponderá estrictamente a una sistematización de la realidad observada, obtenida en parte utilizando un sistema similar al proceso de “reingeniería inversa”⁴⁶³ utilizado por las empresas de tecnología para comprender los productos desarrollados por la competencia, comenzando el análisis a partir del producto final, y no de los planos o el manual de construcción.

Trabajar así nos permitiría construir modelos que facilitarán la anticipación de los resultados, nos darán una mejor delimitación de lo jurídicamente permitido y lo prohibido, y permitirán la presentación de propuestas de mejora. Ciertamente, será también el principal objeto de estudio de los abogados de ejercicio y más interesados en la práctica, pues deberán anticipar para sus clientes la forma de comportarse que tienen los tribunales, y recomendar, de acuerdo a ello, la realización o no de una acción.

Será otra situación, muy diferente, la que tendremos cuando propongamos un modelo específico como más ventajoso o conveniente que otro, invitando a su implementación.

Ello pertenecerá más al terreno de la ideología o la dogmática, y como bien dice GUASTINI, obedecerá “a un intento de alguien de imponerle a los demás un modo específico de hacer las cosas... elaborados por los intérpretes a través de

⁴⁶³ MARTÍNEZ ZORRILLA, al referirse a este tema, hace un símil entre el trabajo que debe realizar el jurista con los conocidos procesos de “ingeniería inversa”, utilizados en el mundo de la alta tecnología y de la propiedad intelectual. En efecto, el trabajo de análisis jurisprudencial muchas veces tendrá una forma similar, porque sólo tendremos acceso al producto final (las sentencias) y no a los planos y formas de construcción que los sustentan. Luego, en base a esos productos finales, debidamente analizados, deberemos deducir cómo y por qué el objeto que tenemos frente a nuestros ojos es como es y funciona como funciona. Como veremos al estudiar las escuelas escépticas (la de la Critical Legal Studies, por ejemplo), hay autores que afirman que la sentencia y su justificación muchas veces no son más que trucos para ocultar la verdadera razón que ha tenido el juez para decidir, dándole una apariencia de legitimidad y formalidad a algo que en realidad nace de otra fuente. Al analizar una sentencia con reingeniería inversa deberemos incorporar esta variable y sospechar, al menos un poco, sobre la honestidad y coherencia de las razones esgrimidas por el objeto de estudio mismo. Sin embargo, debemos tener claro que este proceso ingenieril no busca la creación de una réplica exacta o develar “la estructura interna real” de un producto. Su objetivo es más funcional, y consiste en crear un esquema capaz que nos permita reconstruir un objeto lo más parecido posible, que replique de la manera más adecuada sus funciones primordiales, y que por lo mismo sea fácilmente reconocible como un “equivalente funcional” por un usuario medio. Para los efectos de este trabajo, sin embargo, lo más importante de este trabajo estará dado porque facilitará *la posterior mejora del producto*, objetivo que lograremos añadiendo o quitando elementos o bien perfeccionando aquellas estructuras con las que ya cuenta desarrolla.

Al utilizar esta interesante perspectiva, debemos considerar que el Derecho no es una máquina sino una realidad social y dinámica, vinculada a múltiples actores y circunstancias (históricas, culturales, económicas, políticas, etc.), por lo que el “producto” a investigar será más complejo. Sin embargo, el objetivo seguirá siendo el buscar y descubrir su estructura operativa. Y en los casos en que podamos ofrecer diversas posibilidades explicativas, el modelo más adecuado será aquel que explique mejor, pero también en forma más sencilla, la realidad observada. David MARTÍNEZ ZORRILLA, *“Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa”*, Marcial Pons Ediciones (2007), p. 31.

diversos procedimientos argumentativos pseudológicos (...) sin que esta atienda necesariamente a la práctica judicial (...)"⁴⁶⁴.

5.- Objeto de la actividad interpretativa

Si bien existe consenso sobre la importancia y necesidad de la interpretación del Derecho, y de la dependencia que frente a ella tiene el sentido final de una norma, hay mucha menos claridad respecto a determinar en qué consiste esta actividad.

Una primera clarificación metodológica exige reconocer que el solo concepto de interpretación requiere que exista "algo"⁴⁶⁵ que no puede ser completamente confuso o indeterminado, y sobre el cual recaerá nuestra tarea. Para el Derecho de tradición continental, el objeto central de la actividad de interpretación serán normas jurídicas⁴⁶⁶ expresadas primordialmente por escrito⁴⁶⁷. Dentro de ellas, encontramos la Constitución, los distintos tipos de leyes, sus reglamentos y algunas sentencias judiciales, por señalar sólo las más importantes.

⁴⁶⁴ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 33. Sin embargo, el conocimiento del trabajo judicial también nos permitirá una revisión crítica y constructiva del mismo, por lo que su utilidad no puede ser cuestionada.

⁴⁶⁵ GARCIA AMADO se refiere a este elemento como la "materia prima" de la interpretación. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 37.

⁴⁶⁶ Aquello que califica a una norma jurídica como tal (es decir, primero como "norma", y luego como "norma jurídica" y no como norma moral, religiosa, social, etc.) es algo que excede las posibilidades de este trabajo. GARCÍA AMADO sintetiza algunos de los atributos que caracterizan a las normas jurídicas: "Para unas doctrinas, dichos atributos son puramente formales y se traducen en el hecho de que las normas en cuestión hayan sido creadas con arreglo a lo establecido por otras normas del mismo conjunto del derecho, conjunto llamado sistema jurídico. Otras doctrinas sitúan el dato esencial en que las normas que sean derecho se imponen efectivamente en la sociedad por el hecho de estar dictadas o aplicadas por ciertos sujetos tenidos socialmente por autoridades o afirmados fácticamente como tales por estar respaldados por el poder y la fuerza. Hay también doctrinas que entienden que lo que convierte a una norma en jurídica es cierta condición material, como su sintonía con la justicia, el derecho natural, el bien común, etc. Y también se dan todo tipo de combinaciones entre esos tres planteamientos básicos". Por ejemplo, podemos decir que por lo general las normas jurídicas gozan de algunas características: son públicas, están dotadas de cierta dignidad y reconocimiento social, y son aceptados por la colectividad como enunciados que deben ser obedecidos. Ibid., pp. 37-38.

De este modo, en un sistema consuetudinario, interpretar la costumbre constitucional implicaría analizar la costumbre de los órganos del Estado, lo que supone un trabajo empírico previo, presumiendo que dichos órganos se comportan así con la intención de seguir una norma jurídica (existente, vinculante, etc.) y no por rutina o casualidad. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 39.

⁴⁶⁷ En este trabajo, cuando hablamos de interpretación sólo nos referiremos a la que depende significativamente de un texto. Es decir, la que concibe al derecho como vinculada o anclada a un objeto concreto, común y conocido sobre el cual trabajar para estructurar y ordenar las relaciones humanas. La interpretación de una norma consuetudinaria (como por ejemplo la Constitución inglesa) corresponde a un esfuerzo completamente diverso, donde lo que se hace será más un "análisis sociológico de un comportamiento" que el estudio de una norma. Porque al final del día, las costumbres que configuran el derecho son básicamente eso: comportamientos repetidos, funcionales y valorados, y ello puede ser también la base de un modelo jurídico.

La interpretación es, por tanto, aquello que permite que esa materia prima pueda ser mejor comprendida, permitiendo, en el caso del derecho, que la norma sea precisada y delimitada (correctamente) en cuanto a su contenido.

Por tanto, es necesario trazar una distinción entre la actividad de producir normas de derecho y la de interpretarlas.

La actividad de crear normas jurídicas, al menos cuando ella es hecha sin referencia alguna a un material previamente existente, no puede considerarse como parte de la interpretación.

En el mejor de los casos, la interpretación podrá llegar a ser parcialmente creativa, pues la sola existencia de aquello que se interpreta (una disposición o norma jurídica incompleta) ya limita las posibilidades de creación⁴⁶⁸.

La posición que se tenga sobre este punto será fundamental para determinar la autonomía del juez, y será tratado con más detalle en otras secciones de este trabajo. Sin embargo, adelantaremos que algunos autores advierten que en el acto de interpretación los enunciados normativos pasan necesariamente por la subjetividad de la persona (mente, ideología, carácter, cultura, prejuicios, entre muchos), lo que puede llevar a resultados muy distintos, que incluso podrían parecer transformaciones que los vuelven irreconocibles (como la del realismo).

Sin embargo, las capacidades creativas y la completa arbitrariedad y libertad del juez han sido restringidas como prácticas. De hecho, la desvinculación del juez a la ley como tesis prescriptiva, es algo que no se defiende desde el llamado Derecho Libre de H. KANTOROWICZ⁴⁶⁹.

Asimismo, en los casos en que se plantea la necesidad de creación judicial, ello no se plantea como un ideal, sino como una necesidad, como algo inevitable, reconociéndose la utilidad y valor de la norma jurídica (escrita) como punto de partida y consenso mínimo en cualquier sistema jurídico.

Hasta ahora, la distinción entre crear derecho e interpretarlo sigue siendo una afirmación de principio, y nada nos dice aún sobre la verdadera naturaleza y posibilidades del acto de asignar valor a una norma, sobre todo frente a una

⁴⁶⁸ El punto es discutible. A modo de ejemplo de posiciones más abiertas a integrar la posibilidad de creatividad judicial, como la de PRIETO SANCHÍS, para quien señala que una de las características propias de la actividad interpretativa del juez es su capacidad creativa (y por tanto, de alguna manera, legislativa y política). Pero observamos que más allá de las diferencias de presentación, la propuesta de fondo y sus implicancias prácticas son similares. Sobre todo, porque al poco andar propone una reducción de las facultades y posibilidades operativas del juez (vinculándolo, por ejemplo, al precedente), reduciendo en buena medida la discusión a un conflicto de conceptos. Ver por ejemplo, Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265.

Por otro lado, GUASTINI señala que podría hablarse de un proceso creativo en muchos de los casos de “normas implícitas”, es decir, de aquellas que el autor no ha enunciado claramente en el texto pero que el intérprete considera como parte del ordenamiento jurídico, haciendo uso de recursos no deductivos ni concluyentes, como por ejemplo la analogía. O también mediante razonamientos deductivos, contruidos sobre criterios doctrinarios y construcciones dogmáticas. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, pp. 35-36.

⁴⁶⁹ Hermann KANTOROWICZ, *“La Lucha por la Ciencia del Derecho”*, en Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, *La Ciencia del Derecho*, Losada Buenos Aires (1949), p. 325 y ss.

realidad que utiliza normas generales y abstractas, que por definición no podrán comprender todos los espacios y situaciones del mundo real.

Respecto a ello se han planteado diversas posturas, de muy diferente talante y resultados.

Las más relevantes se encuentran entre quienes consideran el acto de interpretación como una actividad cognoscitiva, frente a quienes la consideran un acto en alguna medida arbitrario o de voluntad.

5.1.- La interpretación como acto de conocimiento

Desde un lado, la posición conocida como “cognoscitivista” sostiene que los textos legales tienen un único significado correcto⁴⁷⁰, que el intérprete debe descubrir utilizando criterios y formas de trabajo adecuadas, por lo que cualquier error o diferencia sólo podría atribuirse a una mala elección o utilización de los mismos.

Aunque como doctrina hoy no tiene mayores seguidores⁴⁷¹, su lógica está presente en muchas normas e instituciones contemporáneas, así como en la mentalidad colectiva⁴⁷².

5.2.- La Interpretación como acto de voluntad

Al otro extremo, en una posición conocida como escéptica o realista, se sostiene que la norma no tiene en absoluto un significado previo y definido, y que este sólo nacería luego de la acción del intérprete. Antes de ella, la norma sería del todo impredecible. O más bien, sería imposible anticiparla con certeza, aunque sí podría anticiparse, en la generalidad de los casos, con una alta probabilidad.

Dado que existen numerosas técnicas o aproximaciones interpretativas, y ninguna puede imponerse sobre las demás como claramente verdadera o correcta, resulta absurdo afirmar la univocidad de los textos jurídicos⁴⁷³.

Siendo la interpretación un acto de voluntad y no de conocimiento, los jueces de última instancia son libres de atribuir a los textos normativos cualquier significado. “Quien quiera que tenga una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley

⁴⁷⁰ DWORKIN postula reiteradamente la idea de la “solución única” para los problemas de interpretación. Sin embargo la idea debe ser matizada, ya que la vincula por ejemplo con la moral cultural, que puede ser diversa.

⁴⁷¹ En el pasado, debido a las influencias iluministas de la ilustración, se partía de la base de que descubrir el verdadero sentido de una norma era un acto de conocimiento, por lo que se podía concebir al juez simplemente como “la boca de la ley” (siendo, por tanto, el Poder Judicial llamado “poder nulo”). Baron Charles de Secondat MONTESQUIEU, *“El Espíritu de las Leyes”*, Libro XI, Capítulo VI, Istmo (2002).

⁴⁷² Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, pp. 39-40.

⁴⁷³ Ibid., pp. 41-42. El autor señala que el escepticismo “se remonta al “realismo jurídico” americano de la primera mitad del siglo XX, que está implícita en la “teoría pura del derecho” y que es hoy día sostenida por una parte minoritaria de la doctrina”. Entre los autores que menciona están TARELLO, TROPER, y CHIASSONI.

escrita o verbal, el mismo es el “law giver” (el que pone las reglas) para todos los efectos y propósitos, y no la persona que primeramente la escribió o pronunció”⁴⁷⁴.

De esta manera, el derecho se concibe como aquello que surge de la interacción del enunciado legal con la subjetividad del intérprete, quien le daría vida al texto de acuerdo a sus personales criterios (culturales, jurídicos, emocionales, etc.).

El factor subjetivo sería, por tanto, inherente al derecho, llevándonos a una situación donde cierto grado de creacionismo judicial quedará justificado e incorporado tanto a la actividad interpretativa como al sistema jurídico.

Por ser esta postura de especial relevancia para nuestro trabajo, profundizaremos sobre su contenido. Para ello, nos remontaremos a su desarrollo histórico.

5.2.1. El realismo jurídico como escuela determinante en el planteamiento de la actividad interpretativa como un acto de voluntad y la variación aportada por la escuela de “Critical Legal Studies”

La llamada escuela del realismo jurídico⁴⁷⁵ o pragmatismo, es una corriente jurídica nacida en el mundo anglosajón, especialmente en EE.UU.⁴⁷⁶, como reacción al positivismo⁴⁷⁷ y al iusnaturalismo⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 42.

⁴⁷⁵ Sobre el realismo jurídico: José Ignacio SOLAR CAYÓN, *“El Concepto de Derecho en el Realismo Jurídico Americano: una Reinterpretación”*, en AA.VV., Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos, Santander, Servicio de Publicaciones Universidad de Cantabria (2002); J. M. ROMERO, *“Entorno y Antecedentes del Realismo Jurídico Americano”*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, No. 68 (1983); Giovanni TARELLO, *“Il Realismo Giuridico Americano”*, A. Giuffrè Editore (1962); Norberto BOBBIO *“La Certezza del Diritto è un Mito”*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Vol. XXVIII (1951); Liborio HIERRO, Ernesto GARZÓN VALDÉS, y Francisco LAPORTA, *“El Realismo Jurídico: El Derecho y la Justicia”*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 11 (1996); Karl N. LLEWELLYN, *“El Realismo Jurídico Norteamericano: Una Teoría del Derecho Realista: El Signiente Paso”*, Paper presentado en El Ámbito de lo Jurídico: Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo (1994); José Luis MARTÍ, *“El Realismo Jurídico: ¿Una Amenaza para el Liberalismo y la Democracia?”*, Isonomía No. 17 (2002); Carlos Ignacio MASSINI, *“Sobre el Realismo Jurídico: El Concepto de Derecho, Su Fundamento, Su Concreción Judicial”*, Abeledo-Perrot (1978); Giovanni Battista RATTI, *“Norme, Logica e Realismo Giuridico”*, Materiali per una Storia della Cultura Giuridica, Vol. 38, No. 2 (2008); Hugo ROJAS, *“Cambios Sociales y Cambios Jurídicos en Chile: Construyendo Nuevos Puentes entre Sociología y Derecho en la Promoción del Realismo Jurídico Latinoamericano”*, Berkeley La Raza Law Journal, Vol. 13, No. 2 (2002); Álvaro NÚÑEZ VAQUERO, *“El Realismo Jurídico de Brian Leiter”*, Diritto e Questioni Pubbliche (2010); Eugenio Raúl ZAFFARONI, *“Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal”*, Monte Ávila Editores Latinoamericana (1993); Jordi FERRER BELTRÁN y Giovanni BATTISTA RATTI, *“El Realismo Jurídico Genovés”*, Marcial Pons (2011); Hernán G. BOUVIER, *“Lenguaje y Teoría del Derecho. Tensiones en una Variante del Realismo Jurídico”*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho (2011); José Ignacio SOLAR CAYÓN, *“Karl N. Llewellyn: Algo de Realismo sobre el Realismo. Los Orígenes del Realismo Jurídico Americano”*, Eunomía, Vol. 2 (2012); Carla FARALLI, *“La Ricezione del Realismo Scandinavo Nei Paesi Latini”*, Materiali per una Storia della Cultura Giuridica 30, No. 2 (2000); Jerome FRANK, *“Derecho e Incertidumbre”*, trad. de C. Bidegain, Fontamara, México (2001); José Ignacio SOLAR CAYÓN, *“El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, Hechos y Discrecionalidad en el Proceso Judicial”*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín, Oficial del Estado (2005); Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *“Positivismo Jurídico,*

A diferencia de estas escuelas, que vuelcan su atención y reflexión sobre el derecho como una “entidad” identificable y cognoscible en forma abstracta, el realismo plantea la necesidad de observar el derecho como realmente es. Es decir, propuso focalizar el análisis en el trabajo de los tribunales, en su jurisprudencia⁴⁷⁹, pues el derecho sería, en definitiva, lo que ellos dicen.

Al centrarse en los resultados y soluciones reales dadas por la judicatura, el realismo ofrece, en apariencia, una visión del derecho más pragmática y utilitaria, antes que dogmática o ideológica⁴⁸⁰. El objetivo del jurista será, ante todo, dar respuestas claras y concretas a los usuarios sobre lo que sucederá en la realidad cuando una persona actúe de una manera u otra.

Así entendido, el derecho tendrá un fuerte elemento empírico, volviéndose principalmente un estudio de ciertos hechos (los fallos judiciales), que a su vez expresarán el derecho. El derecho será definido y caracterizado no como el producto de una norma, de una tradición o de un contexto jurídico, sino como aquello que señalen y apliquen los jueces. O incluso más, como la forma en que el poder público se canaliza.

El juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Oliver Wendell HOLMES, ha sido considerado como uno de los autores más representativos e influyentes de

Realismo Sociológico y Iusnaturalismo”, Universidad Nacional Autónoma de México - FFL (1968); Letizia GIANFORMAGGIO, “*Le Ragioni del Realismo Giuridico come Teoria Dell’istituzione o Dell’ordinamento Concreto*”, Università degli studi di Siena (1993); Riccardo GUASTINI, “*Il Realismo Giuridico Ridefinito*”, *Revus. Revija za evropsko ustavnost/European Constitutionality Review*, No. 19 (2013); Axel HÄGERSTRÖM, “*Il Realismo Giuridico Scandinavo e Americano: Antologia Di Scritti Giuridici*”, Vol. 32, Il Mulino (1981); Javier HERVADA, “*¿Qué es el Derecho?: La Moderna Respuesta del Realismo Jurídico. Una Introducción al Derecho*”, Eunsa (2002); Liborio L. HIERRO y Elías DÍAZ, “*El Realismo Jurídico Escandinavo: Una Teoría Empirista del Derecho*”, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho (1979).

⁴⁷⁶ Existe una importante escuela realista en el mundo escandinavo, pero su desarrollo es posterior. Entre los autores más destacados de esta tendencia tenemos al danés Alf ROSS y a los suecos Axel HÄGERSTRÖM, Vilhelm LUNDSTEDT y Karl OLIVECRONA. En la actualidad, destacan los aportes dados al escepticismo por los italianos Riccardo GUASTINI y Paolo COMANDUCCI, por citar sólo a los más famosos, y que han dado lugar a lo que se ha llamado la “escuela genovesa”.

⁴⁷⁷ El positivismo jurídico quiso dotar al derecho de la autonomía de las ciencias naturales, de acuerdo a los ideales iluministas y racionalistas de la época, constituyendo una “ciencia de las normas”, regida por la lógica y aplicada objetivamente, sin influencias externas (ética, política, cultura, histórica, económica religiosa, etc.).

⁴⁷⁸ Aunque al igual que en cualquier escuela, podemos decir que hay cientos de modelos de iusnaturalismo, Sin embargo, un elemento común en ellas ha sido el sostener que el derecho positivo descansa o debe descansar sobre un sistema permanente de principios universales, existentes con independencia a los hechos sociales y culturales, y que corresponde a un orden “natural”, que es finalmente lo que da legitimidad al derecho.

⁴⁷⁹ Cabe destacar que en la tradición anglosajona la jurisprudencia es la fuente primaria de estos modelos jurídicos, por lo cual su importancia y primacía resulta más comprensible que para los juristas más familiarizados con el sistema continental e ideologías del tipo “juez boca de la ley”.

⁴⁸⁰ Las consecuencias de ello pueden verse hasta el día de hoy en la mayor simpleza y pragmatismo de los abordajes del derecho realizados por el mundo anglosajón. Con esto no nos referimos necesariamente a su calidad, que puede ser mayor. Pero parece poco probable que esta cultura fuese la propicia para los desarrollos cuasi metafísicos de la teoría del delito europeo, por ejemplo. Evidentemente, entender el derecho de esta manera constituye también una ideología.

esta visión. Su libro “The Common Law”⁴⁸¹ comienza así: “Este libro tiene por objeto presentar una visión general del Common Law. Para la realización de tal tarea se necesitan otros instrumentos además de la lógica. Ya es algo mostrar que la consistencia de un sistema exige un resultado particular, pero eso no es todo. La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aún los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres. El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. A fin de saber lo que es, debemos saber lo que ha sido y lo que tiende a ser. Debemos consultar alternativamente tanto la historia como las teorías jurídicas existentes. Pero la tarea más ardua consistirá en entender, en cada etapa, de qué manera ambas cosas se combinan en nuevos productos. En cualquier momento dado la substancia del derecho corresponde muy de cerca -hasta donde quepa- con lo que en ese momento se entiende por conveniente, pero su forma y mecánica, como así también el grado en el que puede llegar a producir los resultados deseados, dependen en mucho de su pasado”.

Para HOLMES, el Derecho es la forma en que opera la fuerza pública, es decir, la forma en que el Estado ejercía su poder. Más que un sistema cerrado, lógico, legitimado por sus formas y teleológicamente orientado, el Derecho es política: política aplicada.

Y aún más. En consistencia con su inspiración utilitarista y pragmática, considera que lo verdaderamente esencial en el Derecho son las consecuencias que efectivamente puedan asociarse a un acto, es decir, el sistema de incentivos y desincentivos que ofrece. Podemos ver una clara expresión de ello en la siguiente cita: “¿Qué constituye el Derecho? Encontrareis algunos autores que escriben que el derecho es algo distinto de lo decidido por los Tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de razón, que es una deducción de principios éticos o axiomas admitidos, que pueden coincidir o no con las decisiones. Pero si tomamos el punto de vista de nuestro amigo, el hombre malo, encontraremos que no le importan los axiomas o las deducciones, sino que quiere saber qué es lo probable que hagan los Tribunales de Massachusetts o Inglaterra”⁴⁸².

De esta forma, las normas y principios generales, recogidos en leyes, sistematizaciones de costumbres y casos o libros de doctrina, no constituyen el derecho, sino que sólo son medios (hipótesis) que nos permitirán anticipar las decisiones de los Tribunales.

Más allá de la afirmación teórica e ideológica sobre el concepto del derecho, estas herramientas, en la práctica, nos permitirán alcanzar un alto grado de

⁴⁸¹ El libro “*The Common Law*” tuvo su origen en 12 conferencias que HOLMES dio en el Lowell Institute de Boston, dentro de un curso que se realizó durante el otoño de 1880. Algunas conferencias se basaban en artículos suyos publicados en la *American Law Review*, pero la versión final que aparece en el libro está pulida respecto a los artículos iniciales y las conferencias.

⁴⁸² Oliver Wendell HOLMES, “*The Path of the Law*”, *Harvard Law Review*, No 10 (1987), p. 336.

predictibilidad respecto a la conducta del juez. De hecho, quizá sea la mejor vía para anticipar el comportamiento judicial, controlarlo socialmente y dotarlo de cierta estructura de razonabilidad, especialmente de cara a su fundamentación. Lo recién dicho parece aplicable tanto a los sistemas jurídicos fundados sobre la tradición continental como sobre el *common law*.

La utilidad evidente de la posibilidad de anticipar las respuestas de los tribunales, ha favorecido el desarrollado de importantes escuelas prácticas⁴⁸³, que plantean la posibilidad y necesidad de observar la jurisprudencia abstrayendo los elementos (principios y reglas) que han motivado reiteradamente los fallos.

Aun sabiendo que la decisión final dependerá de la voluntad de los miembros del Tribunal, el derecho se convierte, para todos los efectos, en algo parecido a un sistema de reglas y principios, consistentes entre si y fáciles de comprender y estudiar. Además, el sistema muestra ser bastante predecible y estable, aunque no necesario ni atado a la razón o a las normas.

Es decir, nos enfrentamos a la paradoja de observar un sistema probadamente estable, pero cuyas bases no son sólidas. Un derecho nacido como un producto histórico y relacionado con la práctica de los tribunales, pero que puede ser descrito como lógico y relativamente completo.

Frente a la evidente utilidad didáctica y ordenadora de las sistematizaciones de casos, algunos autores han manifestado su preocupación. Señalan que esta técnica podría llevar a la reducción del rico derecho jurisprudencial, para ser reemplazado por un menú limitado de normas y principios.

De esta manera, por la vía de la conceptualización de la labor jurisprudencial, el derecho se rigidizaría y se volvería menos ajustado a las necesidades de la realidad, transformando a los jueces en meros aplicadores de fórmulas, perdiéndose la necesaria conexión del derecho con las siempre particulares circunstancias de cada caso concreto⁴⁸⁴. Además, los recopiladores tendrán una gran capacidad de intervenir en el desarrollo del derecho, pues un mínimo cambio, o la omisión de un criterio, podría tener relevantes efectos prácticos en su aplicación ordinaria. Un claro ejemplo de esta situación sucedió, por ejemplo, en el tratamiento del interés público como causal de legitimación frente a las invasiones a la privacidad, realizado en el Restatement (second)⁴⁸⁵.

El riesgo sin duda existe. Pero como sucede en otros casos, la solución pasa por su buena utilización y no por la negación o prohibición de los mismos, pues no puede discutirse que simplifica el trabajo de los jueces y presta una gran utilidad.

⁴⁸³ Se atribuye un rol destacado en el desarrollo de ésta al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Christopher Columbus LANGDELL y su obra "*A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations*", Little, Brown and Co (1871). Este mecanismo corresponde al de "reingeniería inversa" planteado más arriba.

⁴⁸⁴ POUND sostenía que el juez debía estar comprometido con la justicia concreta de cada caso, y por lo mismo debía ser reflexivo y estar conectado con la realidad y su dinamismo. Ello se resentía con un sistema de premisas abstractas obtenidas de un grupo reducido de casos ("*law in books*"). Roscoe POUND, "*Law in Books and Law in Action*", American Law Review, No. 44 (1910).

⁴⁸⁵ Un mayor desarrollo de este punto puede verse en el capítulo que trata la evolución de la primera enmienda en el derecho norteamericano.

De hecho, mientras las conclusiones y abstracciones que generen los casos sean tomadas de la realidad, y mientras no se olvide que ellas no corresponden al derecho, sino que sólo son medios que facilitan su estudio y comprensión (cómo actuarán los Tribunales), parecería que los beneficios serían mayores a los problemas. De este modo, se mantendría la conexión del juez a la realidad circunstanciada de cada caso y al mismo tiempo se permitiría recurrir a los principios y abstracciones derivados de la experiencia.

Otra posición similar a la del realismo, pero menos intensamente voluntarista es la sostenida por la escuela de “Critical Legal Studies”.

Duncan KENNEDY, por ejemplo, uno de los mayores representantes de este movimiento, señala que los jueces se moverán entre dos polos a la hora de resolver. Por un lado, considerarán la respuesta que les parece adecuada de acuerdo a sus propias convicciones e ideas de justicia, y por otro mirarán el encuadre que el derecho les ofrece para actuar, en el que están las normas jurídicas en general (incluyendo los precedentes, en los casos que corresponda, etc.).

Luego, se acercarán a una u otra postura de acuerdo a sus convicciones e ideas de lo que debe ser un juez, los sistemas de control que recaigan sobre su actividad, la opinión pública, etc. Por tanto, no es correcto decir que el derecho se encuentre en la ideología o en las normas, sino en la propia persona del decisor, que actuará bajo estos parámetros, dando al derecho una dimensión psicológica y subjetiva relevante, aunque reconociendo los elementos antes dichos⁴⁸⁶.

Finalmente, cabe señalar que hay autores que han visto en las técnicas utilizadas en la interpretación constitucional contemporánea, un inevitable dejo de realismo. El propio PRIETO SANCHÍS señala que “(...) nos acercamos bastante a un realismo moderado o metodológico, que quiere hacer de la doctrina constitucional el centro del Derecho constitucional”⁴⁸⁷.

5.3.- Posturas intermedias

Entre ambas posturas, hay muchas posiciones intermedias.

Dentro de ellas, una de las más conocidas es la de HART, que sostiene que en función de las circunstancias, el significado estará más o menos determinado, por lo que en algunos casos estaremos frente a un acto interpretativo “cognoscitivista” y en otros frente a uno más “creacionista”.

Al mismo tiempo, para limitar esta paralizante incertidumbre a que nos lleva el escepticismo extremo, HART hace referencia a un “núcleo de certeza”, donde la

⁴⁸⁶Duncan KENNEDY (1999), ob. cit., nota 350, p. 89 y ss.

Gary PELLER, a quien situamos en la misma escuela, señala que “el significado es indeterminado en cuanto que nunca está positivamente presente en una expresión; siempre está diferido o ausente (...). El significado no “existe” en ninguna parte; es construido en relaciones diferenciadas, en el espacio en blanco y los silencios de la comunicación”. Gary PELLER, *"The Metaphysics of American Law"*, California Law Review 73, No. 4 (1985), pp. 1167-1168.

⁴⁸⁷Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 175.

comunidad coincide en el significado de las palabras⁴⁸⁸, y un “área de penumbra”, donde el intérprete gozará de mayor discrecionalidad⁴⁸⁹.

Ambos criterios dependerán de cada cultura o subcultura, y no serán definitivos. Pero sin duda nos ayudarán en el análisis.

Una solución similar a la de HART es la planteada por MORESO en su trabajo titulado “Dos concepciones de la interpretación jurídica”⁴⁹⁰, quien frente a los debates ontológicos sugiere adoptar un principio de tolerancia “(...) una actitud neutral en relación con las diversas formas de lenguaje filosófico, basada en el principio de que cada uno es libre para utilizar el lenguaje más adecuado a su objetivo⁴⁹¹”.

Para ello, sugiere apartarse de las tradiciones idealistas de la filosofía del lenguaje (Frege, Russel, Carnap, Wittgenstein en su primera etapa), que postulan que el significado de un enunciado viene dado por su estructura, por sus elementos y por la verdad o falsedad de los mismos, suponiendo una idea de lenguaje como un

⁴⁸⁸ Evidentemente no será lo mismo ser rico hoy que hace 500 años, o serlo en África que en Suiza. Pero quien no tiene nada, evidentemente será pobre, y el dueño de un castillo, rico. Del mismo modo, tampoco tenemos certeza de la línea divisoria que cruza la adultez de la juventud. Pero un hombre de 57 años claramente es adulto y uno de 15 años es claramente es joven.

Por ello MORESO sostiene que “un concepto sin casos claros de aplicación no sería ni siquiera un concepto”. José Juan MORESO (2000), ob. cit., nota 86, p. 111.

⁴⁸⁹ David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 35. El autor afirma que los neocognitivistas reconocen decididamente la vaguedad del lenguaje normativo, pero distinguen entre los casos fáciles de los difíciles. En los primeros, si puede darse una comprensión descriptiva de la norma (única y verdadera) mientras en los segundos el juez tendrá efectivamente un mayor poder discrecional, y su acto, que solo se da en casos concretos y difíciles, corresponde al ejercicio de voluntad (imposible de valorar como Verdadero o Falso). En el mismo sentido se inclinaría L. A. HART en su *“The Concept of Law”*, Clarendon Law Series, Oxford University Press (1961). Ver además Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 41.

“En los casos paradigmáticos, y en los suficientemente cercanos a ellos, los jueces aplican pautas preexistentes y no cambian el derecho; en los casos en que diversas concepciones compiten y resuelven el caso de forma incompatible, los jueces tienen discreción”. José Juan MORESO (2000), ob. cit., nota 86, p. 112.

⁴⁹⁰ Trabajo dedicado fundamentalmente a analizar las posturas de Riccardo GUASTINI y de Rafael HERNÁNDEZ MARÍN. Ambos se caracterizan por rechazar la posibilidad de argumentar racionalmente en el ámbito valorativo (sólo sería posible en el asertivo), pero discrepan sobre si ello es posible o no en la interpretación jurídica, ya que el segundo cree que los enunciados interpretativos son asertivos, y por lo mismo, susceptibles de juicio de verificación. José Juan MORESO, *“Dos Concepciones de la Interpretación Jurídica”*, Isonomía, No. 29 (2008), pp. 8 y 9 (haciendo referencia en esta última a Simon BLACKBURN, *“Spreading the World”*, Oxford University Press (1984).

GUASTINI señala que la expresión “la esclavitud es injusta” no detecta en el mundo ninguna propiedad independiente de nuestras creencias y actitudes y que la gran mayoría de los enunciados interpretativos jurídicos son de esta naturaleza.

Asimismo, un punto importante que destaca MORESO es que pese a que QUINE dude que podamos alcanzar una noción adecuada de sinonimia (identidad de significado), tenemos una clara noción de lo que queremos decir al utilizarla. José Juan MORESO (2008), ob. cit., nota 490, p. 10 (citando a Williard von Orman QUINE, *“La Búsqueda de la Verdad”*, trad. de J. Rodríguez Alcázar, Crítica (1992).

⁴⁹¹ Ibid., p. 8 (citando a Rudolf CARNAP *“Autobiografía Intelectual”*, trad. de C. Castells, Barcelona, Paidós (1992), pp. 51-52).

todo ordenado y matematizado, donde el significado de cada enunciado es una consecuencia de dicho orden⁴⁹².

Mucho más interesante le parece el planteamiento posterior de carácter más funcionalista (WITTGENSTEIN en su madurez, AUSTIN, STRAWSON) que critican el exceso de racionalización del análisis anterior y su desvinculación al uso, al contexto y a las prácticas sociales. El derecho, por definición, sería un fenómeno colectivo y social, no lógico.

6.- Opciones, preferencias y definiciones que caracterizarán la actividad interpretativa de un juez

Antes de continuar, analizaremos sintéticamente las diferentes actitudes o estilos típicos que puede tener el juez ante la interpretación jurídica.

GUASTINI señala al respecto tres ejes u oposiciones clásicas: universalismo y particularismo; estabilidad o dinamismo del derecho; y una actitud proclive al activismo judicial o al “*judicial restraint*” (autocontención) de los mismos. Expondremos sus principales características:

a.- Universalismo y particularismo⁴⁹³

El particularismo es una postura que destaca la singularidad del caso concreto y por lo mismo se opone a la construcción de “casos tipos” o generales, privilegiando por tanto una justicia comprometida con los resultados y ajustadas a las particularidades de cada caso, antes que una justicia ciega y abstracta. Por tanto, puede decirse que privilegia la equidad de la solución antes que el apego a ciertos criterios o métodos⁴⁹⁴.

El universalismo, por el contrario, propicia la construcción de normas generales y casos tipos, desde los cuales se buscarán las soluciones a cada caso particular, ofreciendo parámetros racionales y comunes a las soluciones dadas, privilegiando los valores de la igualdad, la certeza, la legalidad, la simplicidad y la imparcialidad judicial sobre las consideraciones siempre únicas e irrepetibles de cada caso. Desde esta perspectiva, las reglas del derecho deben ser aplicadas en forma uniforme y sin excepciones, privilegiando el texto de las normas antes que su *ratio*⁴⁹⁵.

Entre ambas, obviamente, pueden existir soluciones intermedias, que por ejemplo recurran a los casos generales (que darían una solución adecuada y simple a una

⁴⁹² Ibid., p. 11.

⁴⁹³ Desarrollaremos este punto con mayor detalle al tratar la ponderación, en especial, al analizar los efectos de ambas posiciones en esta tarea.

⁴⁹⁴ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 62. Esta técnica supone conocer y privilegiar el fin de la norma por sobre su literalidad, lo que le permite corregir, mediante la incorporación de excepciones, los efectos indeseados nacidos de una aplicación literal e irreflexiva de la norma. Supone que ellas siempre pueden ser derrotables por otros criterios, que aparecerán como pertinentes y necesarios en cada caso concreto. El recurso típico para ello es la institución del “distinguishing”, del *common law*.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 63.

gran mayoría de casos), pero admitiendo la posibilidad de corregirlos en aquellas situaciones en que las circunstancias lo recomienden. Como se constata, las ventajas que tiene el recurrir a casos generales y a precedentes para efectos de justificación son evidentes.

Cabe señalar que más allá de las diferencias de ambos métodos, y de las distintas opciones y priorizaciones que realizan frente a lo que debe constituir la esencia de una solución justa, la utilización de una u otra no presentará diferencias prácticas en la mayoría de los casos que deban ser resueltos. El análisis de este criterio vendrá justificado por motivos de claridad conceptual, así como por la importancia de los casos que pueden enfrentar soluciones diferentes según el modelo utilizado, que si bien pueden ser relativamente menores en términos porcentuales, pueden ser abundantes y de enormes consecuencias para muchas personas, además de para el sistema jurídico y social como un todo.

b.- Dinamismo y estabilidad

Algunas concepciones del Derecho lo conciben ante todo como una realidad predeterminada que debe guardar su forma a lo largo del tiempo, permaneciendo fiel a la voluntad de sus autores, a las palabras del texto, o a la interpretación que tradicionalmente ha recibido. Este estilo pone sus énfasis en los valores jurídicos de estabilidad, certeza y previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

Las concepciones dinámicas, en cambio, destacan la importancia de incorporar al derecho los valores y las exigencias de la vida social, evitando de esta manera su obsolescencia y rigidez. Para ello, la interpretación debe poder ir cambiando, del mismo modo que lo hacen las circunstancias socioculturales, económicas y políticas del contexto en que serán aplicadas.

Desde éste método se puede arribar a situaciones materialmente más justas, incluso sin necesidad de realizar revisiones legislativas o constitucionales (eludiendo y evitando los problemas que de estos procesos ellas se puedan generar). El precio a pagar por esta flexibilidad será, inevitablemente, una menor certeza y predictibilidad de las soluciones judiciales.

Si bien ambos polos son claramente diferentes, la presencia de ambos en el derecho operativo es generalmente necesaria y complementaria. De alguna manera, una interpretación dinámica es inevitable en un derecho donde la presencia y relevancia de principios constitucionales indeterminados y muchas veces implícitos es elevada⁴⁹⁶, y que muestra un gran dinamismo cultural. Por otro lado, debe poder esperarse del derecho, o de muchas de sus normas principales⁴⁹⁷, un cierto grado

⁴⁹⁶ Ibid., pp. 60-61: “En la mayor parte de los casos, esta adaptación se cumple mediante la concretización de los principios constitucionales, y consiste en obtener nuevas normas del texto, que se suponen “implícitas”.

⁴⁹⁷ BELAÚNDE señala que uno de los principales objetivos de toda carta fundamental es simplemente persistir, durar. Por ello, justifica el establecimiento de distinciones y categorías que faciliten este objetivo, al menos formalmente, evitando el recurso a los procesos de continua reforma de los mismos. Domingo GARCÍA BELAÚNDE, *“La Interpretación Constitucional como Problema”*, Revista de Estudios Políticos, No. 86 (1994), p. 35.

de estabilidad en el mediano plazo, sin el cual la paz social, la confianza, la seguridad, la autonomía personal y la viabilidad de las relaciones patrimoniales se podrían ver perjudicadas.

c.- Activismo judicial y autocontención judicial (*judicial restraint*)

Los jueces pueden tener una actitud más o menos creativa al enfrentarse a una norma. Naturalmente, las posibilidades judiciales serán mayores frente a situaciones mínimamente reguladas, o que presenten vacíos o criterios abiertos y flexibles, como por ejemplo sucede generalmente con las reglas que tratan derechos constitucionales.

Cuando la creatividad judicial es concebida como legítima, y además se da con amplitud, hablamos de “activismo judicial”. Desde esta perspectiva, se permite a los jueces buscar las soluciones más adecuadas, considerando a la regla como una referencia no del todo clara o vinculante, permitiendo e incluso favoreciendo la adaptación de los enunciados normativos a las necesidades de justicia de la vida real⁴⁹⁸. Pese a que de esta manera se abre un mayor espacio para la aplicación reflexiva y prudencial de las normas, se critica a esta posición el hecho de que ello sólo puede ser realizado en base a criterios subjetivos, abriendo una puerta a la arbitrariedad y a la inseguridad.

La visión opuesta al activismo es la del juez concebido como “boca de la ley”, que simple y mecánicamente se limitase a aplicar la ley definida por los representantes soberanos del pueblo. En otras palabras, una judicatura sin poder real y sin capacidad ni necesidad de posición moral o criterios de justicia, simplemente ejecutora. El juez aplica la norma que le ha dado el legislador “como un verdugo ejecuta su encargo”⁴⁹⁹.

Sin embargo, hoy existe consenso general en torno a que las pretensiones de racionalidad y completitud del derecho que postulaba el positivismo clásico no pueden ser ni aceptadas ni realizadas en forma completa, haciendo inviable una concepción de la actividad jurisdiccional de mera aplicación y sin espacios para el discernimiento y la interpretación, incluso si ésta es efectuada de manera creativa.

Por ello, el único polo verdaderamente válido al activismo o creacionismo judicial es el que invita a que éste sea mínimo, pero no a que desaparezca. Recibe el nombre de “*judicial restraint*”⁵⁰⁰ o autocontención judicial.

⁴⁹⁸ Podría también decirse que el juez que actúa de esta manera no está realizando una actividad de creacionismo normativo, aun cuando se aleje de la literalidad de los enunciados o de las formas de interpretación realizadas por otros intérpretes, ya que la lealtad y sujeción del juez es al derecho, y no a la literalidad de un texto normativo particular. Es interesante recordar que una de las características del neo constitucionalismo ha sido el de hablar de “normas jurídicas y derecho” como dos realidades diferentes y complementarias.

⁴⁹⁹ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 177.

⁵⁰⁰ Dada que las posibilidades creativas de los jueces han ido históricamente mayores en la tradición anglosajona, este concepto ha recibido un desarrollo mucho mayor en ella y desde allí ha sido incorporada a nuestros ordenamientos.

Desde esta postura, se sostiene que los jueces y los legisladores tienen funciones diferentes, y los primeros no deben invadir el ámbito de competencia de los segundos, máxime si ellos no cuentan con el aval legitimador de la elección popular. Bajo esta comprensión, una ley, por ejemplo, sólo podría ser dejada sin efecto o anulada cuando su inconstitucionalidad se presente como “indiscutible”, o su aplicación genere una situación claramente absurda e injusta.

Al aceptar como inevitable o incluso como positivo y necesario algún grado razonable de creatividad judicial, muchas veces será difícil determinar si nos enfrentamos a un modelo o a otro. Pero dado que el objeto de la distinción es ante todo didáctico, ello no debe generarnos mayores inquietudes o problemas.

Así deben entenderse posturas como las de CARBONELL, que en cierto modo recogen elementos de ambas posiciones, señalando que “un fuerte grado de intervencionismo judicial bien entendido es consustancial al modelo del Estado constitucional de derecho”⁵⁰¹.

d.- Compromiso con resultado y mera aplicación

En una aproximación similar, PRIETO SANCHÍS hace referencia a dos modelos filosófico-políticos básicos para definir el rol del juez. El primero de ellos concebiría a la judicatura como una función con capacidad de crear Derecho, y por lo tanto, como responsable moral y técnico de la decisión.

El segundo modelo, en cambio, insiste en la idea de que el juez (el “buen juez” dice PRIETO SANCHÍS) es un órgano de mera aplicación “de un Derecho que, con las complejidades que se quiera, encierra siempre una respuesta correcta”⁵⁰², siendo la responsabilidad de la corrección de las soluciones al Parlamento.

Continúa PRIETO SANCHÍS caracterizando ambos modelos. La filosofía del primero caracterizaría “al positivismo de KELSEN o de HART: las leyes y los precedentes proporcionan buena parte de los materiales que han de conformar el razonamiento jurídico, pero, más allá, en la llamada zona de penumbra y allí donde los conceptos normativos se abren a las concepciones de moralidad, el intérprete actúa propiamente como legislador, es decir, como sujeto político que ha de hacerse responsable de las decisiones, porque en ellas se encierran principios políticos, opciones y cálculos de utilidad no muy distintos de los que están presentes en la ley.

La segunda de las filosofías enunciadas viene a sostener, por el contrario, que incluso en los casos más difíciles, el intérprete habla con palabras ajenas, ya sea con

⁵⁰¹ Prólogo de Miguel CARBONELL al libro de Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 121. Señala que el modelo neo constitucional hace referencia precisamente a este tipo de juez activista, como lo reconoce Perfecto Andrés Ibáñez y en las dos obras sobre neo constitucionalismo del propio CARBONELL (2006 y 2007).

⁵⁰² “Se habla así, como posiciones extremas, de una ideología de la codificación o del juez vinculado, que se asentaba en la primacía del Derecho Civil y en la asunción acrítica de la idea de certeza jurídica; y de una ideología sociológica o de la libre decisión judicial, abiertamente decidida a la ponderación de intereses sociales y a la búsqueda de la justicia concreta. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 181.

las palabras de un sistema jurídico al que se le supone la plenitud lógica, ya sea con las de algún sistema de justicia latente en la sociedad o en sus miembros más esclarecidos”. Finalmente, concluye señalando que es indudable que entre ellas “cabén posiciones intermedias y más matizadas”⁵⁰³.

7.- La interpretación frente a las decisiones trágicas

Se ha dicho que la distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles” forma parte de las “teorías estándar” del Derecho contemporáneas⁵⁰⁴.

En el ámbito de la interpretación, esta clasificación tendría una utilización especialmente relevante, pues permite distinguir entre aquellos casos en que los jueces pueden resolver un conflicto sin una labor interpretativa compleja, y aquellos casos donde la necesidad de interpretar será más evidente y exigente.

Los “casos fáciles” normalmente corresponden al grueso de los conflictos que debe resolver un tribunal⁵⁰⁵, mientras los segundos, típicamente minoritarios, aunque no por ello escasos, se caracterizan porque el intérprete no tiene certeza sobre las premisas que debe aplicar, viéndose obligado a echar mano a un modelo interpretativo más complejo, sin ofrecer una solución clara o única. Por ello, los llamamos casos difíciles⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Ibid., p. 182 (por ambas citas).

⁵⁰⁴ Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p. 8

⁵⁰⁵ No sólo son fáciles por la forma en que se llega al resultado, sino porque este no genera el juez conflictos internos de tipo moral, asociados a una diferencia significativa entre lo que resuelve y lo que el derecho “debe ser” para él. Ibid., p. 10. Para DWORKIN, la mayoría de los casos en el derecho –incluso la mayoría de los casos constitucionales– no son casos difíciles. Habitualmente la función judicial establece una respuesta que no deja lugar para la convicción moral de carácter personal. Ronald DWORKIN, *“Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”*, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge Mass., Harvard University Press (1996), p. 11.

⁵⁰⁶ MACCORNICK menciona algunas razones por las que un caso puede ser difícil, y por lo tanto, ser objeto de múltiples interpretaciones. Neil MACCORMICK, *“Legal Reasoning and Legal Theory”*, Oxford Clarendon Press (1978), p. 73-99. ATIENZA, sigue de cerca en su estudio el planteamiento de MACCORNICK (Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p. 6-30). Mismo caso el de MARTÍNEZ ZORRILLA (David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 53-56).

1.- Dificultades para saber cuál norma es aplicable al caso (por lagunas, superposiciones, antinomias o contradicciones normativas).

2.- Problemas de interpretación. No hay consenso sobre qué alcances y contenido tiene la norma, ya sea porque la misma norma es poco clara o confusa, o ya sea porque la comunidad de intérpretes tiene problemas para darle un sentido unívoco o consensuado. No hay ningún criterio externo y objetivo al que echar mano para resolver el problema (precedentes, etc.), y se da habitualmente en las expresiones abstractas y propias de textos con pretensión de generalidad y abarcabilidad (Códigos, Constituciones) y menos en los segmentos reglamentarios (ordenanzas, etc.). Conceptos como dignidad humana, debido proceso, buenas costumbres, seguridad nacional, debida diligencia, tratos inhumanos y degradantes, son ejemplos mayores de expresiones que ofrecerán habitualmente este tipo de problema, dada su dependencia con el sustrato cultural (y por tanto ideológico y emocional) de quien realice la interpretación pretendidamente “correcta”. Dentro de este grupo podríamos incluir los problemas para calificar hechos conocidos y determinar si una norma determinada es o no aplicable a un caso concreto (problemas de calificación). Pero en realidad estos no son propiamente problemas de interpretación de normas,

Naturalmente, este modelo puede ser enriquecido y complejizado a voluntad, siendo claro que podrían establecerse al menos dos categorías adicionales: casos intermedios y casos imposibles (o trágicos)⁵⁰⁷.

Sin perjuicio de la claridad conceptual de los criterios de distinción, al momento analizar casos concretos, diferenciar entre unos y otros puede resultar complejo, pues carecemos de criterios objetivos para hacerlo. El propio DWORKIN señalaba

sino de subsunción de los hechos a las mismas. (Problemas de calificación. El problema se presenta para saber si un caso es “in point” o bien “out of point”, es decir, si se ajusta al supuesto general normativo. Es decir, si la norma abarca o está hecha pensando en regular ese asunto particular que se dispute o no le es aplicable por cualquier razón. Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYIN, “*Normative Systems*”, Springer Verlag (1971), p. 63.

3.- Problemas de prueba. No es posible cumplir con los estándares de certeza que exige la ley para probar un hecho. Sin embargo, “en muchas ocasiones los problemas de prueba no plantean muchas dificultades en el ámbito pragmático, “puesto que los sistemas jurídicos establecen que en los casos en que una afirmación no pueda considerarse probada, (por falta del nivel mínimo de certeza exigido legalmente), los hechos cuya existencia es dudosa se consideran como no acontecidos para efectos del derecho, por lo que el problema en sede judicial se tiene por no existente. David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, pp. 54-55.

⁵⁰⁷ Ambas tipologías, generalmente menos trabajadas, son explicadas brevemente por ATIENZA. Este autor, señala que los casos trágicos “plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema. Acá estamos frente a una situación frente a la cual “no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral”. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, “*Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*”, Centro de Estudios Constitucionales (1991), p. 252 (citado por Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p. 15); o, dicho de otra manera, nos encontramos acá en conflicto a los valores con los que una sociedad se define a sí misma. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (p. 16).

Frente a este callejón sin salida, CALABRESI y BOBBIT mencionan cuatro criterios de solución: el mercado, la tradición, la política y el azar. Guido CALABRESI y Philip BOBBIT, “*Tragic Choices: The conflicts society confronts in the allocation on tragically scare resources*”, Norton (1978), p.19 (citado por Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p.17). ATIENZA propone, complementariamente, que este tipos de asuntos sean resueltos por un órgano al que no quepa exigir responsabilidad por sus decisiones y al mismo tiempo que sea representativo del sentir de la comunidad, de sus valores compartidos (como por ejemplo un jurado) (Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, pp. 17-18). Finalmente ATIENZA llama la atención sobre el hecho de que a los juristas les resulta mucho más difícil aceptar la presencia de estos casos que a los filósofos, quizá por la acentuada creencia que en el derecho se pueden y deben encontrar la solución a todos los conflictos (ella es la teoría dominante en el derecho contemporáneo, y se refleja en autores como DWORKIN, ALEXI y MACCORMICK. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, p. 14 (citándose a sí mismo en Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1991), “*Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*”, Centro de Estudios Constitucionales (1991), p. 251)

Por el contrario, los casos intermedios se caracterizan porque ambas partes parecen tener argumentos jurídicos correctos, legítimos, pero en realidad uno de ellos es infundado, por lo que, luego de la confusión inicial, la solución al caso será claramente una. En estos casos, de acuerdo con BARAK, “cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de que hemos hablado llegará a esta conclusión (...) de manera que si el juez fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error (...) todo jurista versado llegará a la conclusión de que sólo existe una posibilidad y de que no hay discreción judicial”. Aharon BARAK, “*Judicial Discretion*”, Yale University Press (1987), pp. 39-40, citado por Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (p. 13).

que al final del día, lo que vuelve fácil o difícil un caso, será la opinión que del mismo tenga cada intérprete⁵⁰⁸.

De este modo, lo más correcto pareciera ser sostener que un caso es fácil o difícil “para mí”⁵⁰⁹, sin perjuicio de que este criterio pueda luego ser compartido entre muchos intérpretes.

Hemos querido hacer referencia a esta distinción porque muestra que no todos los casos pueden ser resueltos de la misma manera, como asimismo que en cualquier sistema jurídico existirán situaciones imposibles de resolver mediante razonamientos deductivos simples y convencionales.

Frente a ellos, nos veremos obligados a utilizar otros elementos de interpretación, más vinculados a la razón práctica⁵¹⁰ y a factores externos a la norma, entre los que podemos mencionar criterios de justicia, ideas políticas, sensibilidades valóricas y morales, concepciones del derecho, entre otros⁵¹¹.

Otra conclusión importante a la que este esquema nos permite acceder es que ni aun cuando nos enfrentamos a casos difíciles, la toma de decisiones puede ser arbitraria, pues no todas las alternativas o razones son equiparables. Por ello, la razonabilidad de la solución adoptada debe ser justificada de la mejor manera posible⁵¹².

II.- Elementos legitimantes de la interpretación constitucional.

Para que la interpretación de las normas constitucionales sea considerada adecuada, y por lo mismo, aceptada por la comunidad, es necesario determinar las orientaciones y actitudes que deben guiar al juez en esta tarea.

Las Constituciones contemporáneas presentan características que no existían en sus antecesoras, y que marcarán significativamente su interpretación. En concreto,

⁵⁰⁸ En el caso de DWORKIN hay que ser especialmente cuidadoso, porque sostiene que todos los casos tienen una sola forma correcta de solución, sin importar si son fáciles o difíciles. Asimismo, este autor cree que la dificultad del caso, siempre graduable, no justifica la utilización de diferentes técnicas interpretativas. Por todo ello, resta importancia a esta distinción, señalando que no es “ni tan clara ni importante”. Ronald DWORKIN, *“Law's Empire”*, Fontana Press (1986), p. 266 y 354.

⁵⁰⁹ NAVARRO propone una serie de criterios para determinar si un caso es difícil (o más bien situaciones en que se llama a un caso de esa manera). El mismo autor señala también que junto con saber cuáles y como son estos casos, debemos analizar que se hace y qué se debe o debiera hacer frente a ellos. Pablo Eugenio NAVARRO, *“Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho”*, Doxa No. 14 (1993), pp. 252-253 (citado por Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, pp. 9-10), quien analiza críticamente su listado. La única manera de distinguir entre unos y otros en forma exacta, pasaría por una nueva teorización sobre lo fácil o difícil que puede ser descubrir e identificar los casos fáciles y difíciles, lo que no parece un ejercicio interesante.

⁵¹⁰ “Allí donde los criterios de la lógica deductiva no resuelven el problema (...) deben añadirse (...) los de razón práctica”. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p. 9.

⁵¹¹ Richard A. POSNER, “Jurisprudence of Skepticism”, *The Michigan Law Review*, Vol. 86 (1987), p. 316 (citado por Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p. 13). Cabe señalar que estos factores pueden o no ser parte de la cultura dominante.

⁵¹² ATIENZA señala que cuando no podemos elegir ni en forma racional ni arbitraria, debemos actuar de un modo razonable. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p. 25.

y principalmente, nos referimos a la presencia en ellas de una serie de principios generales, profundamente cargados de contenido material, a los que se ha dotado de un carácter normativo, es decir, obligatorio⁵¹³, y que además permean o irradian a todo el ordenamiento infra constitucional, lo que nos acercaría a un modelo de interpretación teleológica de la Constitución.

Por otro lado, parece evidente que la Constitución debe ser leída y entendida como un todo armónico, permitiendo dar unidad al ordenamiento jurídico y maximizando sus posibilidades de armonía, especialmente en lo que dice relación con los derechos fundamentales y la dignidad humana, lo que también nos debiera llevar a dar prevalencia a la interpretación sistémica de la misma⁵¹⁴, dejando de lado las lecturas atomizadas y literales.

Este trabajo integrador e interpretativo no será fácil, pues las distintas articulaciones dependerán de las elecciones y criterios que realicen los intérpretes, lo que nos vuelve a llevar a una pluralidad de posibilidades legítimas, donde será imposible establecer criterios universales de corrección o verificación. Por tanto, cierto pluralismo interpretativo será una de las características más visibles de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, especialmente en lo que refiere al ámbito constitucional.

Pero existe consenso sobre un punto: la necesidad de recurrir a un método que integre adecuadamente los diferentes elementos de la Carta Fundamental, y a ésta con el resto de las normas jurídicas, dejando fuera la posibilidad de realizar una interpretación aislada de las disposiciones normativas. Gracias a ello, si no existe unidad de resultados, al menos puede hacerse un esfuerzo de unidad de métodos y técnicas interpretativas.

Por otro lado, lo señalado nos vuelve a remitir a problemas que se presentan en forma reiterada.

El primero de ellos es reconocer que para la adecuada lectura de la Constitución no bastan sus elementos enunciativos, por lo que muchas veces será necesario recurrir a criterios externos⁵¹⁵. El segundo, consistente en la ausencia de especificaciones sobre cómo conocer estos criterios. Nos detendremos sobre estos puntos en las líneas que siguen.

No es el objeto de este trabajo desarrollar in extenso las técnicas utilizadas en general para la interpretación constitucional. Por convenir al objeto de este trabajo,

⁵¹³ Muchos elementos de similares característica existían previamente en la legislación, pero junto a una enorme cantidad de reglas, que marcaban la tónica de la interpretación y aplicación del derecho. Por tanto, si bien estos elementos existían en forma previa, su relevancia y cantidad era menor que en las Constituciones contemporáneas, lo que podría cambiar la prevalencia del criterio a utilizar.

⁵¹⁴ Lorenzo MARTIN-RETORTILLO e Ignacio de OTTO, *"Derechos Fundamentales y Constitución"*, Civitas, Madrid (1988), p. 144. MARTINEZ ZORRILLA pone como ejemplo de esta práctica el artículo 20.4 CE, que podría ofrecer, bajo una lectura literal, una preferencia a la honra, la intimidad y la propia imagen, frente a la libertad de expresión e información. "Sin embargo, en aras de una interpretación sistemática, no ha sido esa la interpretación que se ha seguido". David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 193.

⁵¹⁵ Luis MARTÍNEZ PUJALTE (1997), ob. cit., nota 7, p. 69 y ss.

nos detendremos en las que participan relevantemente en la solución de controversias entre derechos fundamentales, que dicho sea de paso, son también las que ofrecen mayor complejidad y debate.

Sobre la interpretación constitucional en general, podemos decir que ningún documento fundamental entrega técnicas específicas y suficientes de interpretación de sí mismo. Por ello, y dada su indiscutible condición de norma jurídica, es natural que se haya recurrido a las mismas técnicas desarrolladas y utilizadas desde antaño por los intérpretes legales⁵¹⁶.

En la práctica, ello significa que la utilización de los elementos “literal o gramatical”, “sistemático”, “subjetivo” y “teleológico”, planteados primeramente por SAVIGNY y ampliamente aceptados por generaciones de juristas y abogados, han sido los métodos a los que se ha recurrido sin mayores cuestionamientos y en general, con resultados razonables⁵¹⁷.

Cabe señalar que el consenso logrado sobre estos criterios también ha permitido excluir otros criterios de interpretación, marcando una línea divisoria entre lo que se considera admisible o inadmisibles, que va más allá de la corrección de la justificación o incluso del resultado. Ello ha significado que recurrir a la historia de la ley o al objetivo considerado por el autor sea considerado masivamente como un criterio aceptable, mientras que citar a los astros o tirar las cartas, ciertamente no lo será, ni aún en los casos en que el resultado a que se arribe sea el mismo⁵¹⁸.

Vemos de esta manera cómo, al igual que en muchos fenómenos sociales, el consenso logrado sobre un aspecto de la vida determina la realidad. En materia de

⁵¹⁶ Según GUASTINI, ello ha ocurrido en buena parte de la jurisprudencia constitucional. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24.

⁵¹⁷ Sobre la influencia de SAVIGNY en estas materias, ver Manuel BARRÍA PAREDES, “*El Elemento de Interpretación Gramatical. Su Origen en Savigny, Algunos Autores Modernos y la Doctrina Nacional*”, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 7, No. 2 (2011); Martín LACLAU, “*Interpretación del Derecho e Intuición en el Pensamiento de Savigny*”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 11 (2010); Marta MORINEAU, “*Un Acercamiento a Savigny*”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 16 (2004); Andrés OLLERO, “*Savigny ante la Interpretación del Derecho: El Legalismo Aplazado*”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez dedicado a Savigny y la Ciencia Jurídica del Siglo XIX*, No. 18-19 (1978-1979); Enrique ZULETA PUCEIRO, “*Savigny y la Teoría Moderna de la Interpretación*”, Paper presentado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (1978); Federico Carlos von SAVIGNY, “*Las Fuentes Jurídicas y la Interpretación de la Ley: Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica*”, trad. de W. Goldschmidt, Leyer Bogotá (2005), Federico Carlos von SAVIGNY, “*Metodología Jurídica*”, trad. de José Julio Santa Pinter, Ediciones Depalma (1994).

Las técnicas de interpretación arriba mencionadas, cuentan con la ventaja de haber sido puestas en prácticas por años, estando sólida y pacíficamente asentadas, perteneciendo, en algunos casos, al corpus del derecho mismo (una prueba de ello serían los Códigos Civiles que de diferentes maneras los mencionan y positivizan, como puede verse en el Capítulo Primero del Código Civil Español o en los artículos 18-24 del Código Civil Chileno).

Con el objeto de permitir un ajuste de estas técnicas a las disposiciones Constitucionales, HÄBERLE ha propuesto como complemento a los criterios tradicionales la comparación entre los derechos fundamentales, lo que se justificaría en su universalidad. Esta práctica habría sido acogida por algunos tribunales europeos, donde “crece una comunidad supranacional (...) que recomienda el mirar por encima de las fronteras nacionales”. Peter HÄBERLE, “*El concepto de los derechos fundamentales*”, en J. M. SAUCA (ed.), “*Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*”, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 110.

⁵¹⁸ GARCÍA AMADO utiliza como ejemplos la estética o la teología.

interpretación, lo que ha permitido que un criterio sea aceptado como válido o no lo sea, es el consenso que exista en torno al mismo⁵¹⁹. Asimismo, la comprensión que tengan las palabras, también dependerá de la época, contexto y cultura (o subcultura) en que se utilicen⁵²⁰.

Las técnicas de interpretación arriba mencionadas, cuentan con la ventaja de haber sido puestas en prácticas por años, estando sólida y pacíficamente asentadas, perteneciendo, en algunos casos, al corpus del derecho mismo⁵²¹.

Sin embargo, los elementos que hemos mencionado son múltiples, y la distinta relevancia que demos a cada uno de estos elementos nos llevará a soluciones diversas. Y más allá de cualquier debate o argumentación en favor de dar prevalencia a un criterio u otro, la opción por uno de ellos siempre dependerá de una toma de posición, es decir, de una decisión subjetiva⁵²², que a mayor abundamiento, muchas veces provendrá de anticipar si el resultado que con ella alcanzamos es coherente con nuestro sentido interno de justicia.

En cada uno de dichos criterios hay conexiones con elementos que por diversas razones pueden ser considerados valiosos y relevantes, y por lo mismo, capaces de dar legitimidad a una decisión. Pero la evaluación que personalmente tengamos de ellos puede ser también muy diferente.

A modo de ejemplo, es claro que la legitimidad dada por la historia y la intención del autor está vinculada al respeto a la autoridad, mientras la equidad natural lo está

⁵¹⁹ Con ello, queremos decir que más allá de qué sean las cosas o quién tenga la razón, si la mayoría de quienes tienen poder de decisión consideran bueno un criterio y negativo otro, quienes se les opongan serán considerados equivocados y tendrán pocas posibilidades de hacer prevalecer sus posturas. Ello puede verse respecto de las creencias religiosas, científicas, morales, y de muchos otros ámbitos en diferentes épocas históricas.

⁵²⁰ Por ejemplo la expresión “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” en diferentes épocas ha incluido o excluido a una gama muy diferente de personas: niños, mujeres, criminales, propietarios, extranjeros, enfermos, religiosos, entre muchos más.

⁵²¹ Para GARCÍA AMADO, el descubrimiento más importante de la tónica jurídica de Theodor VIEHWEG quizá haya sido el “resaltar que en el razonamiento jurídico se opera con argumentos que son tópicos o lugares comunes que disfrutaban de un consenso presupuesto”. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 63. Sobre el tema, el mismo autor sugiere revisar dos trabajos suyos: “*Teorías de la Tónica Jurídica*”, Civitas, Madrid (1988); y “*Retórica, Argumentación y Derecho*”, Isegoría No. 21 (1999).

Este punto es muy relevante, aunque no sea este el mejor espacio para desarrollarlo. En efecto, en la tradición jurídica los criterios subjetivos han sido generalmente considerados como elementos negativos, que nos acercan a la arbitrariedad y al capricho y que por lo mismo son incapaces de ofrecer un sostén estructural a la vida social y al derecho. Sin embargo, la verdad es que aunque las apreciaciones, valoraciones, creencias personales sean masivamente compartidas y sostenidas en el tiempo, ellas no dejan de ser subjetivas. Su correlato con otras experiencias también personales no es más que un hecho empírico, del cual no pueden aventurarse fácilmente consecuencias necesarias, ni menos criterios permanentes o únicos de verdad o falsedad, corrección o incorrección. De esta manera, lo que tenemos es un mundo que se muestra estable, o incluso muy estable en algunos aspectos, más no por ello está sólidamente fundado.

⁵²² Por ello los realistas señalaban que “a más métodos interpretativos más posibilidades de que el juez pueda inclinarse por la interpretación que personalmente más le agrada y encontrar un método que la justifique a posteriori, haciéndola entonces aparecer ya no como puro gusto personal, sino como resultado de una operación técnica y aséptica, encubriendo el componente de subjetivismo”.

a la confianza en un orden permanente de lo que es bueno o justo. Un ejercicio similar podrá realizarse con la necesaria unidad y coherencia del sistema legal o la estabilidad y seguridad, por señalar solo algunos, lo que remite todas nuestras posibilidades de interpretación a elecciones personales, configuradas de maneras muy complejas y cambiantes de individuo en individuo.

Los diferentes modos de interpretar una norma con los que podamos enfrentarnos dependerán de una toma de posición previa, que no siempre se explicita. Ella estará básicamente relacionada con el o los elementos que consideremos deben ser los ejes legitimadores de las normas jurídicas, es decir, de aquellos elementos que deben ser su núcleo de sentido, su norte. Determinados estos elementos, quedará a la vista una determinada idea de lo que debe ser el derecho, y el o los posibles modos de interpretación que puedan ser funcionales al mismo, reconociendo que cada vez más es posible ver tomas de posición flexibles y adaptables a las circunstancias, donde ningún elemento prima en forma estable ni excluye por completo al resto, sino que adquieren su posición de acuerdo a las circunstancias del caso. De esta manera, parece que no podremos ofrecer una mirada o solución única sobre esta materia, aunque tampoco nos impide la identificación de los principales criterios, así como sus fortalezas y debilidades.

GARCIA AMADO, autor al que nuevamente hemos seguido en esta sección⁵²³, identifica tres grandes elementos legitimadores del Derecho y de la interpretación, los que coinciden en buena medida con los criterios tradicionales.

La primera de ellas, sostiene que el derecho debe entenderse y estar fundamentado desde la intención del legislador. La segunda, atribuye más valor a los principios permanentes sobre el cual se sustenta cualquier creación normativa, y parece ser el criterio dominante en el Constitucionalismo contemporáneo. Finalmente, existe también una interpretación más literal y lingüística, por la cual manifiesta su preferencia GARCIA AMADO⁵²⁴.

⁵²³ La estructura y buena parte de los contenidos y comentarios de esta sección han sido tomados del excelente trabajo titulado: "*La Interpretación Constitucional*", Revista Jurídica de Castilla y León, No. 2 (2004). Sin embargo, el seguimiento que hacemos del mismo es crítico en muchos aspectos, y en lo sustancial, arriba a conclusiones diferentes.

⁵²⁴ GARCÍA AMADO realiza sobre estas formas de aproximarse al derecho un agudo comentario de sociología jurídica que nos merece la pena citar: "Si proyectamos las tres concepciones del derecho que hemos reseñado en el papel del juez en general, y de los tribunales constitucionales en particular, resultan tres imágenes claramente diferenciadas. Para la concepción lingüística o textual el juez, y el juez constitucional, es guardián de las palabras, vela por su significado haciendo que se respeten cuando son ciertas y determinadas y las precisa y concreta en lo que tengan de indeterminadas; para la concepción voluntarista o intencional el juez es el albacea de las voluntades del legislador; y para la concepción material es el garante supremo del imperio del bien y la verdad en este dislocado mundo. Podríamos hablar, respectivamente, del juez hermano (por cuanto hijo del mismo lenguaje de todos o sometido a él como todos), del juez hijo (celoso vigilante de la memoria y la autoridad de los ancestros) y del juez padre (el que con su experiencia, formación y perspicacia sabe mejor que nadie lo que nos conviene y nos evita – también al legislador – el descarrío). Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 61.

Es importante señalar que estas posiciones (o teorías o ideologías) pueden admitir e incorporar elementos de las otras, aunque siempre será posible ver un criterio dominante y otro complementario.⁵²⁵

1.- La intención del legislador como criterio fundamental de la interpretación

Un criterio muy usado y difundido para esclarecer el verdadero sentido de una norma es recurrir a las intenciones que tuvieron sus autores al redactarlo.

El mayor desarrollo de esta posición vino de la mano de los ideales revolucionarios e ilustrados, que depositaron, al menos en su primer periodo, una gran confianza en la racionalidad, justicia y legitimidad del legislador⁵²⁶, democráticamente legitimado y vocalizador de la voluntad popular. En la actualidad, las versiones más ortodoxas de esta postura se han visto debilitadas, y paradójicamente, encuentran sus mayores defensores en grupos conservadores⁵²⁷.

⁵²⁵ Es importante señalar que ninguna de estas fórmulas obedece a las posiciones escépticas o realistas sobre el Derecho y su interpretación, como la que representan entre otros autores Riccardo GUASTINI y Alf ROSS. Como hemos señalado infra, ellos plantean el trabajo del jurista más como una fenomenología del derecho que como una teoría, nacida de la observación empírica del comportamiento de los órganos decisorios antes que en un modelo “cognoscitivista”, es decir, que supone la existencia de un objeto final de conocimiento (el sentido de la norma) y de un método para alcanzarlo por vía racional.

Dada la mayor relevancia del juez y la jurisprudencia en el sistema anglosajón (y relativamente menos protagonismo de la norma escrita), creemos que el modelo escéptico se ajusta mejor a éste (sin perjuicio que muchos autores planteen el realismo para cualquier sistema de derecho).

⁵²⁶ El “mito del legislador racional” marcó, por ejemplo, la interpretación del Código Civil Francés de 1804 y de todos los que recibieron su influencia. Aunque en este caso, debemos precisar que esta alta “racionalidad” tenía un fundamento en la realidad que no es posible encontrar en nuestras Constituciones. En efecto, el desarrollo de la ideología racionalista del derecho fue facilitada por el contenido estrictamente patrimonial del mundo civil, que supone, entre otros, relaciones sencillas y equilibrios de poder entre las partes contratantes (por tanto los acuerdos serán generalmente conmutativos y onerosos). Esta simplificación nos permite articular un modelo de justicia racional y casi como un sistema de poleas.

Por al incorporar en la reflexión jurídica bienes jurídicos mayores, como lo hace la Constitución, esta maravillosa claridad y sencillez del derecho privado se vuelve opaca y confusa, haciendo desaparecer el mito del derecho como una disciplina de simple aplicación racionalidad de reglas predefinidas.

⁵²⁷ Sobre este punto conviene hacer una reflexión. Con el correr de los siglos, las exigencias de la vida social han vuelto jurídicamente inaceptables y absurdas ciertas comprensiones y planteamientos relativos, por ejemplo, a la libertad de expresión o al concepto de igualdad en relación con la esclavitud, la discriminación (positiva o negativa), los derechos de la mujer o de las minorías sexuales, entre otros). Sin embargo, existen intérpretes a quienes los planteamientos del pasado les resultan funcionales para la defensa de sus posturas, por lo que les resulta atractivo y conveniente recurrir al argumento de voluntad histórica.

Nos parece que ello es una buena razón para desconfiar en general de la honestidad de quienes de ese modo sostienen dicha postura (descontando ciertamente que pueda haber alguien que lo haga de buena fe).

Asimismo, ello demuestra una vez más lo común que resulta que en la interpretación del derecho, primero se adopte la postura o la conclusión a la que se llegará, y luego se construya una estrategia de fundamentación de la misma.

Desde esta perspectiva, la actividad interpretativa y el Derecho mismo estarán estrechamente vinculados a la voluntad del legislador⁵²⁸. El texto y las palabras de la norma, no deben ser considerados como elementos autónomos ni como una forma imperfecta de expresión de una voluntad normativa, por lo que en sus versiones más radicales, derecho y voluntad del legislador son sinónimos, señalando que ella es la única manera de mantener fidelidad al ideal democrático y a la idea de voluntad soberana⁵²⁹.

Por otro lado, la necesidad de volver reiteradamente sobre el autor de la norma, supone la incapacidad del texto para expresar su voluntad en forma plena. Esta realidad, obligará al intérprete a realizar un permanente trabajo de reconstrucción⁵³⁰, en base a elementos externos a la norma, principalmente de tipo histórico y contextual.

GARCÍA AMADO hace notar que es posible que detrás de esta posición exista un fuerte elemento pre democrático de índole sociológico y psicológico. De hecho, esta postura supone una posición del destinatario de la norma (intérprete) de respeto y sumisión frente a la palabra de la autoridad cuyos mandatos simplemente deben ser obedecidos sin mayores cuestionamientos, porque su legitimidad estará dada, al final del día, por razón de su origen, es decir, por el respeto que se debe a la autoridad que la ha dictado⁵³¹.

⁵²⁸ En lo sucesivo utilizaremos el vocablo legislador y autor de la ley como sinónimos. Sin embargo, con ello pasamos por alto un problema relevante, relacionado con el carácter generalmente colectivo del legislador, y la consiguiente dificultad de encontrar en él una voluntad única, clara y definida. Como se verá, esta es una de las críticas más habituales que pueden hacerse a este modelo.

⁵²⁹ En EE.UU., por ejemplo, donde bajo el nombre de “originalismo” esta postura ha tenido amplia acogida, se ha planteado reiteradamente que la Constitución debe regirse por los deseos y pensamientos de los “framers”, es decir, de los “padres fundadores”. Miguel BELTRÁN, *“Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: Una Polémica Constitucional”*, Universidad de Complutense (1989); Pablo FUENZALIDA, *“Poder Constituyente e Interpretación Constitucional: Originalismo v/s Funcionalismo”*, Revista Derecho y Humanidades 11 (2005).

Por ello BORK sostiene que “una vez que la adhesión al significado original se debilita o abandona, un juez, quizá instruido por un teórico revisionista, puede alcanzar cualquier resultado”. Robert H. BORK (2009), ob. cit., nota 296, p. 352. El mismo autor señala que la única función del Tribunal Constitucional debe ser interpretar lo que los redactores de la norma quisieron, pues sólo ellos cuentan con legitimidad. El autor recalca el carácter elitista y contra democrático de este método, pues permite a profesores y jueces cuestionar la comprensión que hacen de la Constitución y las leyes el legislador, el gobierno y muchas veces la ciudadanía, sobre muchos aspectos del derecho, especialmente sobre las cuestiones morales a las que obliga la Constitución (pp. 130-132, y 251-259). No puede aceptarse una interpretación realizada por un intérprete que tiene una legitimidad democrática limitada.

⁵³⁰ Quienes defienden la teoría “originalista” pueden sostener que es evidente que en la redacción de un texto legal el autor ha buscado reflejar su voluntad. Pero desgraciadamente sabemos que este afán pudo y puede verse afectado por muchos elementos: las limitaciones de tiempo a la hora de escribirlo, las distorsiones y limitaciones propias del lenguaje, la lectura que de ella haga el destinatario de la norma, entre otras. De esta manera, queda claro que lo relevante de una ley no serán sus palabras, sino aquello que el autor quiso decir al redactarlo.

⁵³¹ Dada la aceptación apriorística de la legitimidad del legislador, la pregunta por el origen de la misma es de alguna manera redundante, innecesaria y secundaria. Así, la legitimidad de la autoridad puede provenir de distintos atributos, o de una mezcla de ellos: su posición político social, su

1.1.- Críticas al intencionalismo como criterio interpretativo⁵³²

En las democracias modernas, el legislador generalmente es colectivo, y muchas veces las normas son antes objeto de transacciones y compromisos que expresión de una voluntad clara. Esta heterogeneidad de normas, intenciones y sentidos, hace imposible el conocimiento de una voluntad interpretativa única⁵³³, pues incluso en la Constitución pueden encontrarse enunciados y valores contradictorios. En estos casos, el recurso a la historia podría llegar a dificultar la interpretación y oscurecer su significado.

Para conocer la voluntad del legislador más allá de su obra normativa, se requiere la concurrencia de una serie de disciplinas complementarias, entre las que encontramos a la historia, la sociología, la psicología, entre otras. En su manejo, el jurista no estará necesariamente bien formado, y su administración conjunta resulta difícil y más compleja.

capacidad para comprender las necesidades de la comunidad, su origen democrático, su instrucción, su posición dentro del diseño institucional (que lo señala, por ejemplo, como único representante de la voluntad popular).

Para GARCÍA AMADO, una razón que lleva a nuestras sociedades a aceptar con mayor facilidad este planteamiento se vincula con el sistema de preceptos de la tradición judeocristiana, señalado por el propio Dios. De esta manera, al interpretar la ley contingente respetando a la máxima autoridad, confiando en que lo que ordena es de suyo bueno, de alguna manera estamos repitiendo un esquema mental, simbólico y afectivo al que ya estamos habituados y que connotamos en forma positiva.

GARCÍA AMADO nos aporta dos sendos ejemplos de recepción acrítica de las normas, legitimadas sólo por razón de que han emanado de una autoridad especial:

1.- El primero de ellos corresponde a un texto del influyente jurista alemán Karl LARENZ, quien señalaba que “nadie más que el Führer puede (...) tomar la decisión última sobre si una determinada regla debe tener validez. Frente a él no se necesita ninguna garantía para el mantenimiento de la justicia, pues él es, en razón de su condición de líder, el guardián de la constitución, lo que aquí significa: de la concreta idea jurídica no escrita de su pueblo. Por tanto, una ley que sea fruto de su voluntad no está sometida a revisión judicial” (cita a Karl LARENZ, “*Deutsche Rechtsverneuerung und Rechtsphilosophie*”, (1934), p. 34). En España, una posición similar era sostenida por FENECH (M. FENECH, “*La Posición del Juez en el Nuevo Estado. Ensayo de Sistematización de las Directrices Actuales*”, Espasa-Calpe (1941), p. 178-179). Ambos autores son citados por Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 42.

2.- El Segundo de ellos se refiere a la ficción realizada con el Código Civil Francés, también denominado Código de Napoleón. En efecto, siendo evidente que su redacción recayó sobre un grupo de juristas bien conocidos e identificados, el encargo de hacerlo y su promulgación fueron imperiales.

Esta “napoleonización” convirtió a una ley de rango común en una ley que factualmente pasó a ser considerada como superior al resto del ordenamiento (sobre todo considerando la falta de carácter normativo que en esa época caracterizaban a muchos de los contenidos más materiales de la Constitución), lo que facilitó que su interpretación se centrara, al menos durante el siglo pasado, principalmente en la voluntad de su promulgador (que asumía así el rol de autor), quien había tenido la generosidad de legarnos una norma completa, racional y coherente. R. VERNENGO, “*Interpretación del Derecho*”, en E. GARZÓN VALDÉS, F. J. LAPORTA (eds.), “*El Derecho y la Justicia*”, Trotta Madrid (1996), p. 252-253 (citado por Juan Antonio GARCÍA AMADO (p. 41).

⁵³² Una buena y clara síntesis en José Juan MORESO (1997), ob. cit., nota 108, p. 233 y ss.

⁵³³ De hecho, y sin entrar en mayores detalles, es evidente que una misma norma, por ejemplo, puede ser apoyada y promovida por personas distintas con razones y motivaciones muy diversas.

Asumir correctamente esta postura nos obligaría a ampliar nuestro sistema de fuentes a todo tipo de datos o documentos relevantes (actas parlamentarias, anteproyectos, artículos de prensa, contexto sociopolítico y económico, además de toda suerte de información privada a la cual no tendremos acceso (emails, conversaciones y negociaciones sin registro, entre otras).

De esta forma, mientras el derecho clama por su necesidad de claridad y sencillez, avanzamos en la dirección contraria, haciendo crecer la complejidad, sumando a la propia del derecho las diferencias y dificultades propias de cada una de las ciencias auxiliares a que se recurre (técnicas y teorías sobre interpretación histórica, escuelas, ideologías, etc.).

Muchas de las normas jurídicas que rigen nuestra vida social son antiguas, siendo precisamente su estabilidad en el tiempo y su amplio conocimiento uno de sus características más apreciadas⁵³⁴.

Inevitablemente, esta longevidad del derecho ocurre en un contexto donde la comprensión de la vida social, y de muchos de sus valores y códigos de conducta, evolucionan significativamente⁵³⁵, por lo que interpretar el contenido de dichas normas de acuerdo a la voluntad del legislador originario podría llevarnos a tensar las relaciones sociales en forma innecesaria y potencialmente peligrosa⁵³⁶.

Frente a esta crítica, los originalistas pueden responder resaltando la importancia de contar con un parlamento ágil y dinámico, que ajuste el derecho a la realidad que debe normar⁵³⁷. Podrían agregar que en caso de recurrir a otras soluciones, como por ejemplo la vía re interpretativa, podría entregarse a grupos no representativos y no legitimados (principalmente jueces y otros intérpretes de élite) poderes constitucionales de creación del derecho que nadie les ha entregado.

Sin embargo, tampoco parece prudente promover cambios legislativos cada vez que exista un cambio de criterio, porque además, este será gradual, discutible y marcado por numerosos matices, avances y retrocesos. Además, esta propuesta no resultará siempre posible, considerando la detención y análisis que requieren

⁵³⁴ Ello facilita la legitimidad y conocimiento del derecho, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia, el fortalecimiento de las instituciones, la simplificación y focalización del debate político o deliberación pública, el cambio gradual y pacífico de criterios, entre otras.

⁵³⁵ Los Códigos Civiles de muchos países son claros ejemplos de esto, a través de sus conceptos abiertos del tipo orden público, moral y buenas costumbres, familia, entre otros.

⁵³⁶ A nadie le cabrán dudas que en sociedades cada vez más democratizadas como las nuestras, no es bueno estructurar la vida de sus miembros con parámetros que son del todo ajenos al sentir colectivo.

⁵³⁷ Lo curioso es que esta exigencia debería ocurrir incluso en los casos en que el cambio legislativo suponga utilizar las mismas palabras, pero dotadas de un significado diferente, como por ejemplo sucedería respecto del concepto de “familia”, un expresión que ha sido entendida de muy diversas formas a lo largo del tiempo, de la mano de los cambios sociales y culturales.

Esta realidad demuestra las ventajas de la comprensión natural de las palabras, que nos permite comprender los términos legales de acuerdo a la comprensión colectiva de los mismos, que es también evolutiva. De esta manera, palabras como adulto, familia, padre, buenas costumbres y tantas más, se adecuarán en forma cuasi automática, progresivamente, y con poco desfase respecto a los cambios culturales y a su comprensión por parte de los actores sociales.

muchos procesos de deliberación parlamentaria, o la falta de representatividad y sintonía real del poder legislativo frente a los procesos de cambio cultural⁵³⁸.

Exigir el cambio de los textos normativos cada vez que quiera cambiarse de criterio interpretativo nos parece una exigencia rigidizadora que podría generar tensiones innecesarias, muchas veces sobre aspectos muy sensibles, que podemos abordar y resolver de mejores modos⁵³⁹.

2.- Los valores de la legislación como criterio fundamental de la interpretación⁵⁴⁰

Una de las propuestas interpretativas actualmente más relevante, supone la existencia de un sistema de valores, que desde la Constitución, fundamenta y organiza a todo el ordenamiento jurídico. El auge de este modelo sólo puede entenderse teniendo presente la sensibilidad del escenario europeo, y especialmente alemán, posterior a la Segunda Guerra Mundial, y las Constituciones que desde allí se generaron.

Bajo la influencia del constitucionalismo contemporáneo, los sistemas jurídicos aparecen cargados de normas jurídicas materiales y abstractas. La interpretación y legitimidad de la ley, así como de cada uno de los actos del Estado, dependerá principalmente de su sintonía y adecuación con dicho orden de valores, independiente y anterior a los textos normativos y al acto interpretativo, aunque reflejado en los mismos.

De esta manera, la legitimidad del contenido del derecho no vendrá dado por el criterio subjetivo del legislador⁵⁴¹, sino por una realidad objetiva y material, a la que el legislador también debe someterse. Este sistema de valores será uno de los mayores ejes del derecho, orientándonos en cada momento sobre el significado y sentido de cada norma.

⁵³⁸ Tampoco queremos negar el hecho evidente de que muchas veces los cambios culturales den origen a procesos de reforma y cambio legislativo.

⁵³⁹ Un claro ejemplo de esta ductilidad del derecho para hacer frente a las realidades sociales e históricas se vivió, por ejemplo, en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, donde se dejó subsistir, por razones prácticas, buena parte del sistema normativo ya existente. Sin embargo, se condicionó su existencia a entenderlo e interpretarlo en armonía con los nuevos valores señalados por la Constitución Alemana, impidiendo así que se recurriera a la voluntad o intención originaria del legislador nazi.

⁵⁴⁰ Desarrollamos este punto anteriormente al referirnos a las características del neoconstitucionalismo.

⁵⁴¹ Con ello no queremos negar la posibilidad de que detrás de la voluntad del legislador haya también un orden de valores o una ideología que pueda ser conocido o reconocido a través de su norma. Pero ello no será ni el criterio legitimador ni tampoco es un requisito de la misma. Sin embargo, este elemento ideológico puede ser relevante en el modelo originalista, pues ayudará a comprender mejor el sentido que el autor ha querido dar al derecho que ha creado.

2.1. Críticas al elemento teleológico o basado en valores como criterio interpretativo

a.- Falta de certeza sobre el contenido y estructura de ese “orden de valores”

Si bien las teorías materialistas y objetivas de la interpretación de la Constitución (y por tanto del derecho, dado el efecto de irradiación que sus normas y valores suponen) afirman la necesidad y conveniencia de tener siempre en mira el conjunto de valores que organizan el sistema legal y le dan sentido, no existe ningún consenso sobre la forma de llegar a ese contenido, que supone ser, además, pre jurídico, universal y abstracto. Sobre los únicos valores que existirá consenso total será sobre aquellas que siendo evidentes, estarán siempre presentes en el análisis, por lo que ofrecerían poca utilidad. Sin embargo, existirán otros valores sobre los que exista un consenso razonable, y que permitirán dar pautas de acción y criterios de legitimación para las actuaciones de los organismos públicos.

Esta indeterminación y carencia de criterios de validación y verificación para determinar el contenido de este “set de valores”, ofrece un escenario ideal para que cualquier persona pueda señalar como único orden verdadero el adoptado por él. Asimismo, en sus esfuerzos por justificar o difundir su elección, podrá referirse a un cuerpo sistematizado o no, exterior a él mismo o interno, individual o colectivo.

De esta manera, ya sea como cita de autoridad o mecanismo de persuasión, podríamos hablar de valores evidentes (como lo hace la Declaración de Independencia de EE.UU.), de derechos naturales e inherentes a la naturaleza humana (como muchas escuelas iusnaturalistas), a los valores de la nación, a la tradición jurídica y cultural, o a cualquier otra. Pero si bien ello será fácil en los aspectos más esenciales (respeto al derecho a la vida, debido proceso, etc.), no serán en muchos otros, ni en los contornos de los mismos, dejando numerosos problemas interpretativos sin resolver.

Sin embargo, no nos detendremos en este trabajo en cómo la certeza puede ser alcanzada, sino que partiremos del hecho evidente que puede existir, al menos como posición subjetiva, como verdad o certeza psicológica en quien la firma. Para nuestro estudio, y para la operatividad de los criterios expuestos, basta saber que existen posiciones defendidas y planteadas desde un alto grado de certeza.

b.- Cambio de valores en la sociedad y ajustes en la determinación del contenido material de la Constitución

Concebir la Constitución como contenedora y reflejo de un orden de valores, nos llevará, tarde o temprano, a enfrentarnos al problema del cambio cultural y el dinamismo social, y al cambio de valores generalmente aceptados dentro de una sociedad. Frente a ello, un modelo constitucional basado en un orden permanente de valores, coherente y completo no tiene respuestas claras.

Asimismo, será difícil evitar que las decisiones interpretativas, especialmente las legislativas, reflejen las preferencias de sus autores, que pertenecen a una determinada cultura y época y es probable que la reflejen.

Por todo ello, compartimos lo señalado por GARCÍA AMADO, en cuanto a que el sistema de valores concebido como un orden estable y pre existente no es más que “una hermosa construcción, pero con los pies de barro”⁵⁴².

3.- La lingüística de las normas como criterio fundamental de la interpretación⁵⁴³

Otra aproximación a la interpretación, más lingüística, supone que esta tarea debe volcarse sobre los propios enunciados legales, asignándoles significado tal y como los entendemos⁵⁴⁴.

El elemento central para comprender esta propuesta señala que los enunciados legales son actos comunicativos como cualquier otros, y es un hecho evidente que todos los días los interpretamos en forma razonable⁵⁴⁵ (lo que supone que contamos con adecuados mecanismos de interpretación de los mismos).

Por ello, esta comprensión no debe confundirse con una lectura fija o gramatical de los enunciados, de aquellas que requerirían diccionario y conocimiento de reglas. Por el contrario, esta posición plantea que el significado y comprensión de las expresiones debe surgir de su uso y del contexto cultural y lingüístico en el que han de tener efectos.

El derecho y el lenguaje deben ser concebidos desde criterios compartidos, fuertemente enraizados y conectados con una realidad dialógica, donde la comprensión que los otros hagan del mismo será fundamental. Así, una interpretación que se salga en exceso de este sentir colectivo, o que provenga sólo de la mente de un individuo, sin la calibración y retro ajuste que permiten los demás, será dejada de lado⁵⁴⁶.

⁵⁴² Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 48.

⁵⁴³ Esta literalidad no debe, sin en confundida con la estricta interpretación gramatical. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es frecuente en referencias a una interpretación histórica, teleológica y sistemática, pero sin llegar a desbordar el marco que la propia Constitución supone. Luis AGUIAR (1983), ob. cit., nota 193, p. 26.

⁵⁴⁴ José Juan MORESO (2000), p. 111 y ss.

⁵⁴⁵ Este punto podría ser cuestionado, porque supone una valoración de nuestra conducta y la de los demás, que ciertamente podría admitir un análisis más complejo o derechamente diferente. Sin embargo, es evidente que para muchas situaciones, la comprensión que hacemos de nuestras comunicaciones es razonable. Por otro lado, tampoco queremos simplificar en demasía la descripción del acto interpretativo en materia de derecho, desconociendo, por ejemplo, que ella tiene elementos que la diferencian de la comprensión de cualquier otro texto, como sus vocablos técnicos, sus consecuencias sociales políticas y económicas, o su uso por parte de la subcultura de los operadores jurídicos.

⁵⁴⁶ De hecho, ello es lo que caracteriza a la locura, que vendría siendo la soledad de una comprensión del mundo. Para ejemplificar el carácter relativo de la misma basta con pensar cómo hubiesen sido valoradas muchas de las actuales formas de vida durante el Medioevo.

Las palabras y expresiones de la ley (como cualquier otra) adquieren su sentido y están condicionadas por el uso que la comunidad da a los mismos, de modo que no es correcto ni posible atribuirles significado en abstracto o fuera del sistema donde habrán de regir. Todo significado será siempre contextual y nunca formalista, ni literal, ni arbitrario ni completamente neutro o indeterminado⁵⁴⁷.

De esta forma, “el significado de una palabra (o de una expresión) son sus condiciones de uso”⁵⁴⁸, por tanto sólo en el uso, sólo en un contexto dialógico una oración o palabra expresa un significado⁵⁴⁹. Por tanto al no poder fijar ni conocer anticipadamente el contexto donde las normas jurídicas serán aplicadas, el derecho nunca será totalmente fijo, ni estable, ni conocido⁵⁵⁰, pero una vez hecha referencia al contexto (como siempre ocurrirá en el caso de la aplicación del derecho), el lenguaje planteará un límite a las interpretaciones y permitirá orientar al lector de buena fe, pues un concepto puede referirse a varias cosas, pero no a cualquier cosa y su significado puede ser diverso, pero no ilimitado.

⁵⁴⁷ GARCÍA AMADO vuelve a ser particularmente claro en este sentido: “Defendemos que los términos legales poseen un significado, que puede ser más o menos indeterminado en función de su mayor o menor grado de vaguedad, y que tal significado raramente es perfectamente determinado, pero también raramente es absolutamente indeterminado o abierto. ¿Y qué nos da la pauta para conocer ese significado? Simplemente nuestra condición de hablantes competentes que forman parte de una comunidad lingüística que tiene en el lenguaje compartido el camino principal para el entendimiento y la coordinación. Será el uso social compartido el que marque cuál es el significado o cuáles son los significados posibles, el alcance significativo o la referencia posible de cada término, tomado en el contexto del correspondiente enunciado y de los que forman su marco”. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 52.

⁵⁴⁸ José Juan MORESO (2008), ob. cit., nota 490, p. 12.

⁵⁴⁹ Lo relevante en este punto es reiterar la importancia del contexto para determinar el significado de una oración. Y dentro del contexto ciertamente está el intérprete, el emisor, y sus respectivos contextos (podría prescindirse del emisor, ya que lo único que realmente tenemos son las comunicaciones, y una vez que estas son emitidas se independizan, al menos en asuntos jurídicos. Aunque también es cierto que recibimos información relevante al saber que una frase proviene de alguien u otro autor o que fue planteada en determinada época histórica, pues eso también lo procesamos). Este contexto global de la palabra no queda reflejado en el análisis de la comunicación en abstracto.

A mayor abundamiento, hay muchas expresiones coloquiales o características de una cultura, que presuponen la existencia de muchos supuestos, ya que en caso contrario, solo habrá malos entendidos y no comunicación. Estos factores concomitantes no son controlables y muchas veces, tampoco explicitables (las explicitaciones o verbalizaciones también serían contextualizables), dejando una parte de la comunicación humana fuera de cualquier intento de análisis y deconstrucción cabal. Por ello, el lenguaje debe ser analizado en su pragmática, y fuera de un contexto, de una cultura y de una relación, no puede hablarse de significados (por tanto nunca habrá significados fijos o literales). Por tanto, toda literalización es incorrecta por definición. Sólo hay “potenciales semánticos” que en un contexto dado producen significados. José Juan MORESO (2008), ob. cit., nota 490, p. 13 (citando a François RECANATI, “*Literal Meaning*”, en *Expression and Meaning*, Cambridge University Press (1979), p. 151).

⁵⁵⁰ Pero esta inestabilidad, correcta desde un punto de vista filosófico, también será habitualmente irrelevante para efectos de aplicación práctica, del mismo modo (por utilizar un ejemplo tomado del propio MORESO) como podrán ser inadecuadas a los millones de lectores las diferentes traducciones de Shakespeare (una traducción exacta debería ser hecha para cada público o para cada autor), pues ello no obsta, como sabemos, a que podamos decir que muchas de ellas son más que satisfactorias, o que hay traducciones más o menos correctas que otras para diferentes culturas o épocas.

Para aclarar este punto, GARCÍA AMADO nos entrega el ejemplo, del término “gafas”. Sobre él, podremos preguntarnos si su referencia en el enunciado en que se integra abarca cosas tales como las gafas de buceo o las gafas de soldador, y la respuesta podrá ser positiva o negativa, pero nunca será admisible entender que de su referencia forma parte un libro, un zapato o una corbata⁵⁵¹.

En este sentido parece pronunciarse el Tribunal Constitucional al señalar que frente a un concepto no definido por el ordenamiento (honra), su sentido hay que buscarlo “en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino”⁵⁵².

En el caso de una disposición jurídica, el propio contexto podrá orientarnos sobre si el concepto referido incluye o no un determinado significado. Evidentemente, si lo que se regula es la normativa de construcción y específicamente de la soldadura, es poco probable que la expresión “lentes” o “gafas” se refiera a unos lentes de buceo. Lo mismo sucederá en otros contextos donde sea claro que el uso dado a una expresión sea el referido a una técnica específica o a una posibilidad de la expresión previamente definida⁵⁵³. Por ello, GARCÍA AMADO sostiene que las llamadas “interpretación literal” e “interpretación sistemática” se funden en buena medida.

GARCÍA AMADO⁵⁵⁴ destaca la simplicidad que este mecanismo nos ofrece, y que además nos permite prescindir, o al menos limitar, la presencia de elementos extrajurídicos en la interpretación, ya fueran estos metafísicos o históricos. Esta ventaja debe ser especialmente valorada en una disciplina como el derecho, volcada al mundo exterior y a la solución de controversias, que además tiene habitualmente la presión práctica de tener que operar en condiciones de escasez de recursos y alta demanda de servicios.

Otra ventaja de este criterio es que pone al Derecho más cerca del sentido común y de la idea que parece tener de la ley la mayoría de la población, que supone que ella está expresada a través de textos comprensibles y con sentido. Esta comprensión es especialmente conveniente si se valora positivamente el

⁵⁵¹ Sin perjuicio de lo anterior, o más bien a partir de ello, es posible encontrar áreas susceptibles de interpretación. En efecto, pese a que es claro que un pan es un pan y no un tigre, no es tan claro si su categoría puede abarcar también a un croissant, a un pastel, a un queque o a una torta. De la misma manera, recordamos el clásico ejemplo del tren que anunciaba que “no se admiten perros” y que “se prohíbe fumar”, y el pasajero ingresaba al vagón con un león y una pipa encendida y humeante, pero afirmando que dado que no se la metía a la boca ni la aspiraba, no estaba “fumando”.

⁵⁵² STC 176/1995, FJ 3.

⁵⁵³ Véase Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *“Interpretación, Subsunción y Aplicación del Derecho”*, Marcial Pons (1999), p. 35 y ss.

⁵⁵⁴ Para GARCÍA AMADO, es necesario diferenciar claramente dos dimensiones y, consiguientemente, dos maneras de concebir la interpretación jurídica: interpretación de “significado” y de “sentido”. La primera, está basada primeramente en descubrir el significado (o significados) del término o enunciado, con una aproximación contextual. La segunda, en cambio, afirma que el derecho no siempre se logra expresar adecuadamente en los textos normativos, por lo que más allá de entender el significado de las expresiones, el verdadero objetivo del intérprete es descubrir el “sentido” del texto, aunque ambos serán mayoritariamente coincidentes. El sentido estará dado por el significado, salvo en aquellas oportunidades en que la oscuridad o apertura del texto obligue al intérprete a buscar orientaciones desde otros métodos interpretativos. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 56.

conocimiento de la ley por parte de sus usuarios, lo cual debe ser naturalmente combinado con una técnica de redacción que permita que la norma pueda ser fácilmente comprendida⁵⁵⁵.

Por otro lado, y en semejanza con el criterio axiológico o fundado en valores, la interpretación lingüística supone que las normas, una vez dictadas, tienen una vida distinta a su autor. De esta manera, la propia norma se vuelve la fuente principal del derecho, pudiendo incluir más situaciones y dar mejores soluciones que las que hubiera concebido su autor.

Aunque parezca contradictorio, aunque el lenguaje es una realidad dinámica, el vínculo que une a él constituye un elemento estabilizador para el derecho. En efecto, al entender su significado como parte de un fenómeno histórico y social, reconocemos en él algo que nos trasciende y en cuya elaboración han participado cientos de personas y generaciones. De esta forma, aquello que recibimos lo podremos modificar, pero sólo parcialmente, y difícilmente reinventar su contenido.

3.1.- Análisis de dos elementos centrales para la adecuada comprensión de la interpretación lingüística del Derecho

a.- El lenguaje como realidad contextual y dialógica

Creemos que el punto recién planteado es de capital importancia, y nos remite a un aspecto muy relevante de todas las realidades sociales: el consenso como determinante de la realidad, y la realidad como experiencia compartida.

Con ello, lo que queremos decir es que más allá de cómo sean realmente las cosas o quién tenga la razón, si la mayoría de quienes tienen poder de decisión consideran un aspecto como positivo o negativo, o como real o fantástico, quienes se les opongan serán considerados equivocados y tendrán pocas posibilidades de hacer prevalecer sus posturas. Ello puede verse claramente respecto de las creencias religiosas, científicas, morales, y de muchos otros ámbitos en diferentes épocas históricas.

⁵⁵⁵ Las reglas, desde hace miles de años, son mandatos, prohibiciones, o decisiones de una autoridad sobre asuntos o bienes. No son ni orientaciones, ni referencias, ni propuestas descriptivas de la realidad. Son además expresadas por medio de un texto público, conocido, y exteriorizado como “ley”, que los actores sociales aceptan y reconocen como tal. Y finalmente, son enunciados destinados a la praxis, al mundo exterior antes que a la teoría, por lo que un mecanismo interpretativo que simplifique el debate (frente a otros modelos que lo racionalizan y complejizan hasta niveles absurdos) merece preferirse por sus ventajas prácticas, entre las que esta, ciertamente, permitirnos obviar cualquier discusión escolástica o metafísica sobre el sentido de la ley, o sobre la voluntad o propósito de quien la redactó. Por ello, el texto debe ser claro, breve (en comparación con la doctrina que puede crear) y concreto. Además, debemos recordar que si bien situamos en el juez, o más concretamente en la sentencia del juez el acto interpretativo máximo del derecho, todos los operadores jurídicos, desde estudiantes hasta funcionarios estatales, abogados y emprendedores privados, todos leen, conocen e interpretan el derecho. Hacerlo sencillo, o lograr una manera de hacerlo (y de esta vía único, público, conocido, predecible, serio, obedecido, etc.), es una de las primeras necesidades del derecho.

En materia de interpretación o de valoraciones ocurrirá algo similar: lo que ha hecho que un criterio sea aceptado como válido o no lo sea, será el consenso que exista en torno al mismo en las diferentes épocas históricas⁵⁵⁶, al igual como sucederá con la comprensión que tengan las palabras, que también dependerá de la época, contexto y cultura (o subcultura) en que se utilicen⁵⁵⁷.

b.- El reconocimiento y valoración del lenguaje de la comunidad como exigencia democrática

Compartimos lo sostenido por GARCÍA AMADO de que una comprensión lingüística de las normas jurídicas es la que más se adapta a las exigencias de un sistema democrático, pues se basa en el lenguaje de la comunidad, en cuya construcción dialógica participan todos⁵⁵⁸.

Este elemento de interpretación tendrá numerosos beneficios en este sentido:

- 1.- Permitirá simplificar el trabajo de interpretación y aplicación del derecho.
- 2.- Al mismo tiempo, ello facilitará su conocimiento, permitiendo a la comunidad y a cada uno de los actores sociales un mejor acceso a las normas que determinan sus derechos, obligaciones y responsabilidades, evitando el riesgo de convertir al derecho en una “ciencia oculta” y accesible sólo a algunos, donde el sentido de las normas puede ser completamente opuesto a la propia literalidad de las disposiciones.
- 3.- La comprensión de las normas legales de acuerdo a los criterios de sentido común, permitirá, a su vez, aumentar el control colectivo sobre las actuaciones judiciales y de diversos órganos del estado, reduciendo la arbitrariedad y favoreciendo su buen desempeño.
- 4.- Un aspecto particularmente importante y ventajoso de este sistema es que permite que los cambios culturales se vean prontamente reflejados en el derecho, en la medida que también lo hagan espontáneamente en el lenguaje colectivo. Por ello, resulta un vehículo muy adecuado para la actualización de las normas de acuerdo a los valores de la comunidad en que serán aplicados, lo parece lo más justo y democrático⁵⁵⁹. Además ello parece lo más flexible y estable en el tiempo⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Las pruebas satánicas o de contenido mágico podrían haber sido más toleradas en el medioevo que ahora, mientras que épocas más racionales exigirán también determinados tipos de criterios. La prueba de testigos, por ejemplo, que tiene muchos reparos ya desde el ámbito del derecho, ha sido seriamente cuestionada por la psicología.

⁵⁵⁷ Por ejemplo, la expresión “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” en diferentes épocas ha incluido o excluido a una gama muy diferente de personas: niños, mujeres, criminales, propietarios, extranjeros, enfermos, religiosos, entre muchos más. Algo similar ocurre con los conceptos de orden público, moralidad, familia, entre muchos otros.

⁵⁵⁸ GARCÍA AMADO señala a lo largo de su obra que esta concepción sería la única que se adapta a los valores del constitucionalismo moderno, criticando que ellos mismos se invocan muchas veces en su contra.

⁵⁵⁹ Ello no quiere decir que las otras posturas no lo sean, o que sean ilegítimas dentro de un ideal democrático. Pero a nuestro juicio, o lo son menos, o comprenden la democracia, o ponen los énfasis de que es ella (y el derecho) de otra manera. (en la legitimidad democrática del legislador, o en el consenso detrás del orden compartido y objetivo de valores, entre otros).

La utilización de las mismas fórmulas, y la falta de necesidad de una reforma legal, permite al derecho ganar estabilidad y desarrollo, evitando las tensiones y roces que inevitablemente una ley generada bajo el imperio de otra mentalidad generará en el futuro, así como los riesgos, retrasos e incertidumbres de todo intento de modificación legal. Actuando de esta manera, se permitirán cambios silenciosos, paulatinos, surgidos en forma pacífica y al margen de los imponderables del debate político, que habitualmente sucede dentro de un modelo representativo que no siempre es perfecto.

De esta manera, por la vía de la comprensión adecuada del lenguaje de cada momento, el juez podrá ir ajustando la ley y arribando a los objetivos que debe cumplir. Además, como ya hemos señalado, esta flexibilidad tiene el efecto paradójico de volver el derecho más estable, más cierto y más seguro, tanto por su adaptabilidad y perdurabilidad asociada, como por su comprensión más natural por parte de los obligados por ella (a cumplirla y a hacerla cumplir).

3.2.- Críticas al criterio lingüístico como criterio interpretativo

Es importante aclarar y prevenir al lector de la sospecha de simpleza o ingenuidad de este criterio. Suponer que las reglas deben ser comprendidas desde el lenguaje, y que tienen por sí mismas un contenido significativo, en ningún caso supone negar la complejidad del mismo, sino por el contrario, supone reconocerlo.

Tampoco debe ser relacionado con una referencia a simples criterios gramaticales o sintácticos que nos iluminarían en su comprensión. Sostener la claridad e univocidad de las normas (así como de cualquier expresión) parecería un acto abiertamente desafiante o contrario a la realidad, y ninguna teoría lingüista lo ha sostenido.

Por tanto, cualquier crítica que vaya en este sentido debe ser rechazada de plano.

Sin embargo, hay otros reparos o críticas que conviene mencionar y que ayudan a la comprensión de lo planteado.

La primera de ellas sostiene que autonomizar los textos legales de sus autores podría significar la negación del hecho evidente de que las normas son reflejo de valores, circunstancias, objetivos y voluntades. Sin embargo, creemos que ello no puede ser una crítica, pues constituye una realidad que es imposible intentar ocultar, y que incluso pueden ser reflejadas en el propio lenguaje. Por ello, tampoco nos impide entender las normas como realidades autónomas respecto de los factores que propiciaron su promulgación.

Otra crítica a este criterio apunta a la existencia de normas contradictorias, especialmente en el plano de los principios y derechos fundamentales. En efecto,

⁵⁶⁰ Frente a esta situación, las respuestas de los modelos subjetivistas (voluntad del legislador) o objetivistas (orden de valores subyacentes) parecen del todo insuficientes, rigidizando el derecho y provocando procesos de modificación menos graduales o estables, más bulliciosos y problemáticos, a la vez que tardíos (la reforma generalmente se produce cuando el clamor social genera una necesidad política de hacerlo, es decir, cuando las normas y las soluciones que ofrecían han quedado obsoletas y han generado malestar en muchos casos concretos desde tiempo atrás.

es posible encontrar situaciones donde la sola lectura de la norma no permite alcanzar el nivel de concreción necesario para que ella sea aplicada en un caso concreto. En estos casos, para conocer el verdadero sentido de la norma deberemos recurrir inevitablemente a otros criterios y mecanismos de interpretación (axiológicos, históricos, etc.).

En estos casos, para conocer el verdadero sentido de la norma deberemos recurrir inevitablemente a otros criterios y mecanismos de interpretación.

Sin embargo, esta situación tampoco será rechazada por un literalista razonable, pues la opción preferencial por este método permite también la concurrencia de otros mecanismos interpretativos de modo auxiliar, Ellos asisten al intérprete en la tarea de dar correcto sentido a la norma, allí donde el método sugerido no da los resultados esperados⁵⁶¹. Reiteramos que ello debe hacerse siempre con el cuidado de que ellos no sean utilizados para traicionar el sentido literal de las expresiones utilizadas por el texto legal. De este modo, y siguiendo con el ejemplo anterior, no podría aceptarse que de acuerdo a consideraciones finalistas se llegue a entender que la expresión “gafas” se refiere también a los zapatos.

⁵⁶¹ Reiteramos lo ya señalado en cuanto a que ningún caso corriente podrían utilizarse estos métodos supletorios para justificar una práctica que desatienda el tenor literal de la ley, a pretexto de consultar su espíritu, justificando masivamente sentencias contra legem.

III.- Interpretación constitucional en sentido propio

1.- Determinación del objeto denominado “Constitución”

Antes de comenzar a desarrollar ideas en torno a la interpretación constitucional y a su posible especificidad como técnica, es preciso determinar a qué nos referimos cuando hablamos de “Constitución”, porque precisamente de esta dependerá el desarrollo y alcances que demos a la interpretación de la misma⁵⁶².

Entender la “Constitución” simplemente como aquel documento que se autodefine como tal, no aporta demasiado sobre su objeto, propósito y contenido, y como veremos dentro de poco, resulta además equivocado e insuficiente. Lo mismo sucederá si nos referimos a ella como la norma que se encuentra a la cima del ordenamiento jurídico. Por tanto es fundamental evitar las interpretaciones literales y aisladas de normas⁵⁶³.

Ello nos muestra la necesidad de articular entre los distintos elementos constitucionales, explícitos e implícitos, contenidos en la Constitución o en otras disposiciones. Lo “constitucional” no podrá consistir únicamente en el texto normativo que contiene sus principales disposiciones y que recibe el nombre de “Constitución”⁵⁶⁴.

Por ello, no es posible hallar una única construcción del contenido constitucional, ya que a la “articulación” o encaje de los distintos preceptos podrá variar dependiendo de quién la realice⁵⁶⁵.

Como sostiene MARTÍNEZ PUJALTE, los datos de la Constitución no bastan para su adecuada interpretación, por lo que es necesario recurrir a criterios externos a ella, incluyendo “los conceptos morales que se encuentran en su base” y de “las finalidades a las que obedece la protección”, entre otras⁵⁶⁶.

Por todo ello, la norma iusfundamental, literalmente observada, sólo será un punto de partida para la configuración del contenido del derecho constitucional.

El concepto de Constitución está fuertemente condicionado por la historia y la tradición de cada país. En Inglaterra, por ejemplo, donde no hay una Constitución escrita, su significado será diverso al que hoy se da en los países de Europa

⁵⁶² Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 43.

⁵⁶³ Por ejemplo para MARTINEZ ZORRILLA, la redacción del 20.4 CE, bajo una lectura literal, ofrece una preferencia a la honra, la intimidad y la propia imagen, frente a la libertad de expresión e información. “Sin embargo, en aras de una interpretación sistemática, no ha sido esa la interpretación que se ha seguido”. David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 193.

⁵⁶⁴ Ignacio de OTTO, *“La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución”*, en libro compartido con Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, *“Derechos fundamentales y Constitución”*, Civitas Madrid (1988), p. 144.

⁵⁶⁵ En realidad interpretar sistémicamente implica reconocer el espíritu o sentido de las normas o de los valores constitucionales involucrados, lo que supone, para algunos, suponer o conocer el espíritu del legislador o el propósito que se tuvo al dictarla, lo que una vez más nos remite a conceptos vagos, muchas veces discutibles y ajenos al ordenamiento jurídico positivo (en un sentido estricto).

⁵⁶⁶ Luis MARTÍNEZ PUJALTE (1997), ob. cit., nota 7, p. 69 y ss.

continental. Lo mismo podrá decirse, por ejemplo, en los países donde la influencia de la religión es aún significativa en la gestión política.

Del mismo modo, el contexto cultural influenciará significativamente su comprensión y su contenido esperado. KELSEN, por ejemplo, concebía lo constitucional básicamente como una disciplina asociada a la función legislativa, siendo poco probable que pudiera haber imaginado que con el correr del tiempo, prácticamente todas las Constituciones de Europa tuvieran un fuerte rol en el establecimiento de limitaciones materiales a la voluntad del legislador⁵⁶⁷.

Dado que no disponemos del espacio para profundizar en esta materia, en este trabajo utilizaremos un concepto de Constitución histórico, funcional y contemporáneo, asumiendo que ella es lo que significa para nosotros en la realidad cotidiana, operativa, real. Como ya sabemos, ello corresponde a una noción de Constitución concebida y aplicada desde el “neoconstitucionalismo”.

2.- Análisis de la utilidad de las técnicas clásicas de interpretación legal en materia constitucional

Una de las cuestiones más relevantes e interesantes del constitucionalismo moderno está constituido por la pregunta de si las técnicas clásicas utilizadas por el intérprete legal pueden ser de utilizadas satisfactoriamente en el ámbito constitucional.

Si bien la Constitución es, al igual que la ley, una norma jurídica escrita⁵⁶⁸, la interpretación constitucional parece alejarse de la legal en varios aspectos.

Algunos de los factores que inciden y explican esta situación tienen que ver con que la Constitución, por muchas razones, constituye un “texto normativo inusual”⁵⁶⁹, que ha adquirido carácter normativo sólo en forma reciente, como hemos señalado en el capítulo anterior. Ello explica el mayor desarrollo, difusión y consenso existente sobre de los criterios de interpretación legal, y la tendencia natural a su utilización en este instrumento.

El elemento diferenciador más destacable de la Constitución frente a la ley es su carácter de norma jurídica fundamental y superior, capaz de generar importantes efectos en otras áreas del ordenamiento infra constitucional (“efecto expansivo o irradiador”), sobretodo porque ello ocurre en asuntos altamente sensibles y a menudo controvertidos (donde es común que generen poderosas reacciones emocionales, tanto individuales como colectivas).

⁵⁶⁷ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 54.

⁵⁶⁸ El hecho de que la Constitución y la ley se presenten como normas jurídicas escritas en nuestros ordenamientos puede tener importantes consecuencias teóricas y prácticas. Al respecto, COMANDUCCI señala que “el modelo descriptivo de constitución como norma entiende que la constitución presenta al menos una característica en común con la ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la ley, como una especie del género interpretación jurídica, siendo ésta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo”. Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 99.

⁵⁶⁹ Antonin SCALIA, “*A Matter of Interpretation*”, Princeton University Press (1997), p. 37.

Ello ha generado un proceso que ha sido señalado como de “constitucionalización del derecho”⁵⁷⁰, donde ya no hay una clara delimitación “geográfica” entre materias constitucionales y la ley⁵⁷¹.

Por otro lado, muchas de sus cláusulas o enunciados utilizan expresiones más abiertas y ambiguas que las generalmente usadas en la reglamentación legal, por lo que la existencia de problemas interpretativos agudos y de alto impacto y relevancia es mucho mayor en los textos constitucionales⁵⁷². En un sistema político sustentado sobre la adhesión mayoritaria, ello convierte a las decisiones de contenido constitucional en un tema delicado y cuyo impacto y análisis excede con creces lo estrictamente jurídico (entendido en un sentido clásico y restringido, pues nada habría más jurídico que la interpretación constitucional).

Por todo ello, si antes habíamos dicho que la interpretación jurídica era uno de los aspectos esenciales del derecho, vemos con claridad que ella es especialmente relevante en materia constitucional.

Muchos autores señalan que los criterios tradicionales no dan resultados en el mundo constitucional, lo que obligaría a desarrollar una técnica de interpretación diferente, o al menos complementaria.

En este sentido, MORA RESTREPO señala que “el Derecho Constitucional contemporáneo, en lo que a la interpretación jurídica se refiere, ha planteado serios desafíos a la cultura jurídica, ya que le es imposible recurrir —o sólo con significativos cambios— a las teorías y los conceptos que resultaban esgrimibles en el constitucionalismo del Estado liberal de Derecho”⁵⁷³.

Luego, el mismo autor agrega que “al margen de que exista un marco común o esencial de exigencias predicables de *toda* interpretación jurídica, la interpretación constitucional posee ciertas particularidades o afectaciones que la hacen distinta en algún sentido a la interpretación jurídica del Derecho ordinario, y por tal razón el abogado de nuestro entorno debe estar en capacidad de conocer esas afectaciones, manejar con suficiencia sus rasgos centrales, y estructurar su práctica desde sus coordenadas propias y singulares. Dichas particularidades se ubican, aunque no de modo exclusivo, en el objeto de juzgamiento de los temas constitucionales, respecto de los cuales se ha formado toda una doctrina sobre determinadas

⁵⁷⁰ Al respecto UPRIMNY manifiesta que si se admite que la Constitución es una normativa superior y “directamente aplicable en todos los casos, entonces en cierta medida ha operado una suerte de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, que hace de la interpretación constitucional un momento de la aplicación del derecho en todos los campos”. Rodrigo UPRIMNY, “*El dilema de la interpretación constitucional*”, en AA.VV., “*Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas*”, Imprenta Nacional de Colombia (2001), p. 455 (citado por Gabriel MORA-RESTREPO (2009), ob. cit., nota 439, p. 91).

⁵⁷¹ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 22, p. 221. Más adelante, el mismo autor señala que: “Ya no cabe hablar, por un lado, de cuestiones constitucionales, y por otro, de cuestiones de derecho ordinario, porque todas están o pueden ser constitucionalizadas” (p. 234).

⁵⁷² ATIENZA resalta que una de las razones de la relevancia e interés actual por la interpretación constitucional radica en el predominio que hay en la Constitución de enunciados elaborados como principios, es decir, como disposiciones abiertas donde el elemento valorativo es mayor, y por tanto, más complejo de interpretar. Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (1997), ob. cit., nota 439, p.⁷

⁵⁷³ Gabriel MORA-RESTREPO (2009), ob. cit., nota 439, p. 95.

“técnicas especiales” del razonamiento constitucional, que apuntan a maximizar, en el acto de concretización hermenéutica, los mandatos, valores, principios, derechos y deberes protegidos por la Constitución⁵⁷⁴.

Bajo el paradigma neoconstitucional, el Estado ha asumido una posición más comprometida con la justicia material y la protección de la dignidad humana, lo que ha generado numerosos cambios en el mundo del derecho y en especial en cuanto a las técnicas de interpretación, llevando a que toda norma jurídica, especialmente si es de contenido constitucional, deba ser interpretada mediante técnicas que permitan una mayor flexibilidad y compromiso con los resultados, lo que no parece posible lograr con los mecanismos clásicos. Por tanto, los cambios derivados del carácter material de las Constituciones actuales y de su efecto de irradiación sobre el ordenamiento son especialmente notorios respecto al paradigma legalista o formalista⁵⁷⁵. El neoconstitucionalismo se ha planteado como un cuestionamiento del positivismo, y a ratos, como una superación del mismo. Ello permitiría al juez superar la rigidez de la norma y tener una participación más activa y comprometida en la búsqueda de soluciones materialmente más justas, liberándose de la rigidez de la norma y de la mecánica de la subsunción, que era el método dominante en el derecho hasta el siglo pasado.

Para lograr este objetivo, se ha dotado a la constitución de enunciados que tienen la forma de principios, y que deben ser aplicados mediante la lógica de la ponderación.

El neoconstitucionalismo se caracteriza por valorar positivamente este cambio⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Ídem.

⁵⁷⁵ “La expresión positivismo jurídico suele usarse con una cierta imprecisión para designar tesis a propósito del Derecho no sólo heterogéneas, sino abiertamente contradictorias”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 161. Invita a remitirse, para su mejor conocimiento, a los estudios de N. BOBBIO, entre los que destaca, “*Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*”, ed. di Comunità, Milano, 3ªed., (1977), en especial p. 101 y ss.

Luego señala que “el legalismo puede ser entendido como una posición de política jurídica o de filosofía política, esto es, como una proposición prescriptiva que postula la soberanía de la ley por reunir ésta una serie de condiciones que la hacen legítima, en particular su fundamento democrático”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 162.

Por otro lado, “el legalismo es hoy un enfoque equivocado, al menos si lo entendemos en los términos tradicionales que hacían del legislador el señor supremo del Derecho. Y la verdad es que la existencia de una Constitución y de una justicia constitucional (...) es sólo un síntoma y acaso no el más importante de la crisis de la ley (menciona además la potestad reglamentaria, y la “transferencia de soberanía” a la Unión Europea. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 187.

Más adelante señala: “la ley ya no es la única ni la suprema fuente del Derecho; conserva, sin duda, una gran importancia que no es preciso subrayar, pero ahora su función no es “crear” el sistema, sino ‘integrarse’ en un sistema ya dado y en permanente renovación donde su palabra es sólo una de las que pueden pronunciarse, no la única, ni la última”. Como escribe BÖCKENFÖRDE, si “los derechos fundamentales se mantienen como normas (objetivas) de principio y se desarrollan como tales, es inevitable la progresión continua hacia el Estado jurisdiccional de justicia constitucional”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 188 (citando a E. W. BÖCKENFÖRDE (1993), ob. cit., nota 297, p. 135.

⁵⁷⁶ COMANDUCCI afirma lo siguiente: “creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del derecho neoconstitucionalista, que me parece que da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Paolo COMANDUCCI

PRIETO SANCHÍS señala que “lejos del jurista complaciente con el Derecho positivo, lejos del jurista beato de la democracia representativa, el garantismo propugna una ciencia jurídica crítica y comprometida, pero comprometida con la efectividad de los derechos fundamentales”⁵⁷⁷. También afirma que señala que “si hay algún aspecto del positivismo que aparezca claramente lesionado por la justicia constitucional, éste es el conocido con el nombre de legalismo, esto es, aquella tesis que hace de la ley la única o en todo caso la suprema fuente del Derecho”. Para justificar lo anterior, agrega que “el género de interpretación que reclaman las Constituciones actuales pone sobre la mesa una serie de técnicas y argumentos ajenos a la tradición positivista”⁵⁷⁸.

Luego, afirma que “desde esta perspectiva, creo que es cierto que la teoría de la interpretación positivista... resulta insuficiente ante una Constitución de principios. En particular, la técnica de la subsunción no es aplicable a los principios y derechos constitucionales que presentan de forma abierta el supuesto de hecho o la condición de aplicación; mejor dicho, no es que no sea aplicable, es que sucede con frecuencia que un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva o con el derecho de propiedad y los derechos sociales”⁵⁷⁹.

Por ello, se podría decir que “las Constituciones de principio reclaman, pues, nuevas técnicas interpretativas, técnicas que, a mi juicio, no entran en pugna con los postulados básicos del positivismo (...) pero que son ajenas a la teoría del Derecho construida por el positivismo”⁵⁸⁰.

Como diría KAUFMANN, la aplicación del derecho no es meramente el acto pasivo de subsunción (al estilo *savigniano*), sino un acto conformador en el que entra, en el que participa activamente el aplicador del derecho; lo que significa “que el derecho no es nada sustancial, no está, como se dice en el poema de Stifter, ‘en las cosas’; antes bien todo derecho es algo relacional, se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas”⁵⁸¹.

CASTAÑO ZULUAGA sostiene que: “ya no se puede ocultar que el derecho como ordenamiento es una realidad interpretativa, es decir, en toda la labor del

(2002), ob. cit., nota 2, p. 102. En un sentido similar, Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 22, pp. 213-214.

⁵⁷⁷ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 333.

⁵⁷⁸ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 162, por ambas citas. El mismo autor cita a este efecto a Norberto BOBBIO, “El Positivismo Jurídico”, Giappichelli, Torino (1979), p. 189 y ss.

⁵⁷⁹ Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 162.

⁵⁸⁰ Manuel José CEPEDA sostiene que dentro del antiformalismo-sustancialismo que caracteriza al derecho constitucional moderno, las discusiones versan sobre valores constitucionales en conflicto en un caso concreto y que por tanto ya no se habla de respuestas correctas, es decir de respuestas tipo “o blanco o negro” sino de respuestas grises tipo “depende”, y que por tanto dichas respuestas son razonables, útiles o convenientes. Manuel José CEPEDA, “Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las Grandes Decisiones de la Corte Constitucional”, Legis, Bogotá (2001).

⁵⁸¹ Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, “El pensamiento jurídico contemporáneo”, Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática Jurídica, Editorial Debate (1992), p. 190 (citado por Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, p. 86).

operador jurídico habrá siempre una interpretación de la realidad. El nuevo juez por el que se clama no puede ser como los caballos cocheros que atienden a una realidad o panorámica social restringida por efecto de las anteojeras que se les impusieron desde las epígonos de la Revolución Francesa –y aún desde antes, desde las tesis montesquianas que hicieron del magistrado un eunuco de la norma-; el juez no puede tener por norte ciego en su derrotero operativo cotidiano lo que le señalen sus superiores funcionales inmediatos; debe racionalizar jurídicamente sus decisiones, no solo emitirlas, amparado en el criterio de la autoridad orgánica; debe interpretar la norma (...) y no solamente aplicarla mecánicamente⁵⁸².

En el mismo sentido, MÜLLER señala que “la concepción tradicional de norma jurídica y su aplicación no basta, ha fracasado; ahora hay que considerar la realidad, si se quiere arribar a una decisión correcta. Por ello hay que apelar a la estructura real o material que tiene el ámbito de la norma (...) se hace necesario pues romper con el método de la interpretación clásica al momento de concretar el derecho constitucional, pues queda visto con suficiente ilustración que a la luz de la teoría estructurante del Derecho es mediante un proceso racionalmente encauzado que se llega a la realización normativa”⁵⁸³.

Dado que el método subsuntivo no es aplicable en un sistema jurídico fuertemente marcado por la necesidad de interpretar y decidir en base a elementos valorativos, el modo de argumentar “no puede ajustarse a los cánones de la subsunción, sino a los de la razonabilidad, que implican necesariamente un juicio valorativo y prudencial del que solo puede ser responsable el propio intérprete”⁵⁸⁴.

Algunos autores, como por ejemplo ALDUNATE, critican lo anterior señalando que incluso en la ponderación deberá utilizarse cierta forma de subsunción⁵⁸⁵, y

⁵⁸² Sobre la tensión entre las nuevas corrientes interpretativas y las prácticas restrictivas de la actividad judicial en Colombia, ver *Ibid.*, p. 83-84.

⁵⁸³ Al respecto, MÜLLER señala que “(...) las normas constitucionales no aparecen en la práctica como juicios hipotéticos logificados, como órdenes idénticas a su tenor literal, sino como regulaciones que, además de los recursos metodológicos tradicionales, necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad normada, que no puede extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado”. F. MÜLLER y R. CHRISTENSEN, *Metodología Jurídica: Fundamentos; Derecho Público*, recensión de P. SÁNCHEZ ORTIZ, *Revista Diálogo Científico*, Vol. 14 (1-2), p. 112. (citado por Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA (2009), *ob. cit.*, nota 275, p. 90).

⁵⁸⁴ Luis PRIETO SANCHÍS (1991), *ob. cit.*, nota 48, p. 177. Según este autor, donde la Constitución no manda o prohíbe, se exigiría un test de razonabilidad al legislador, pudiendo ser una ley inconstitucional por irrazonable. GARCÍA AMADO señala que para el neoconstitucionalismo (o constitucionalismo de los derechos) los derechos “son lo que son y bien lo ve el Tribunal Constitucional” lo que para un positivista equivale a decir que la Constitución es lo que diga el Tribunal Constitucional y no el texto del documento. Por ello prefiere que su materialización la realice el legislador, dejándole al Tribunal Constitucional un rol más restringido a casos de abierta vulneración del texto. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), *ob. cit.*, nota 40, pp. 255-256.

⁵⁸⁵ El juicio de razonabilidad, según PRIETO SANCHÍS, “se sitúa a medio camino entre el juicio ordinario de subsunción y el juicio de optimización política”, y cuando así sucede, “conviene tener en cuenta, de un lado, que lo característico del factor de razonabilidad consiste en que no hay ningún otro concepto o institución que pueda servirle de referencia”. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), *ob. cit.*, nota 48, p. 190.

que en la actualidad nadie defiende la subsunción como criterio único de interpretación y aplicación de la ley⁵⁸⁶.

COMANDUCCI complementa lo anterior señalando que el constitucionalismo “es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología (...) tiene como adversario directo al positivismo ideológico”⁵⁸⁷.

Por ello, como teoría “el neoconstitucionalismo representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles⁵⁸⁸.

Sin embargo, el mismo autor complementa lo anterior señalando que el neoconstitucionalismo no se plantea como rival teórico al positivismo dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, sino como una. El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, una metodología y una teoría “*concurrente con la positivista*”⁵⁸⁹. De hecho, al interior de la teoría neoconstitucionalista, hay quienes sostienen que ella es la continuación del positivismo, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, así como otros señalan lo contrario⁵⁹⁰.

Finalmente, concluye diciendo que dado que han (parcialmente) cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que *el positivismo jurídico de nuestros días*⁵⁹¹.

Esta realidad nos obliga a la necesidad de indagar cómo debe ser realizada esta actividad, y si existen características que justifiquen una estrategia de interpretación diferente para la Constitución.

Para un mejor análisis, señalaremos en primer lugar las principales características diferenciadoras de la Constitución frente a la ley, analizando si ellas justifican o no un modelo interpretativo diferente.

⁵⁸⁶ Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, pp. 97-98.

⁵⁸⁷ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 97.

⁵⁸⁸ Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, p. 97.

⁵⁸⁹ Ibid., p. 98.

⁵⁹⁰ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 99. Las transformaciones del objeto de investigación exigirían, para algunos, un cambio radical de metodología.

⁵⁹¹ Ibid., p. 102.

3.- Elementos específicos de la interpretación constitucional⁵⁹²

3.1.- Carácter normativo supremo de la Constitución

Pareciera absurdo comenzar una lista de diferencias entre la ley y la Constitución con una semejanza: el carácter normativo de ambas.

Pero esta característica de la Constitución es clave para entender el asunto tratado. En efecto, esta característica de las Constituciones contemporáneas pone por encima de la ley una norma que históricamente había tenido un contenido más bien político o referencial.

En otras palabras, en el pasado, “lo constitucional” no pertenecía al mundo del derecho, sino a su periferia (ciencia política, moral, etc.), por lo que todas las normas jurídicas eran normas legales (infra constitucionales). De este modo, si la normatividad jurídica de la constitución es un factor nuevo, evidentemente también lo será la necesidad de su interpretación⁵⁹³ así como de su armonización con el resto del ordenamiento infra constitucional⁵⁹⁴.

Por si misma, esta necesidad de interpretación jurídica de la Constitución todavía no nos permite postular la necesidad de una técnica diferente para enfrentar sus enunciados⁵⁹⁵.

Sin embargo, nos obliga a indagar si las técnicas desarrolladas en los siglos anteriores, ampliamente utilizadas y aceptadas como adecuadas para interpretar la ley, siguen sirviendo para determinar el sentido de la Constitución, lo que plantea un problema distinto y por cierto más interesante. Como veremos más adelante, este será un punto decisivo para el problema que tratamos.

3.2.- Indeterminación de sus normas y de su contenido

Una importante característica propia de las constituciones contemporáneas es la elevada indeterminación que ofrece, por un lado, su propio contenido, y al mismo tiempo, muchas de sus normas. Por ello, podemos decir que la indeterminación de la Constitución es doble.

⁵⁹² Seguimos en esto, y en los puntos siguientes, parcialmente a Susanna POZZOLO (1998) en ob. cit., nota 15.

⁵⁹³ Ibid., p. 339.

⁵⁹⁴ Concordamos con PRIETO SANCHÍS cuando señala que “si la Constitución siguiera siendo un documento político en manos del legislador y carente de garantía jurisdiccional, difícilmente podría hablarse de problemas hermenéuticos”. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 176.

⁵⁹⁵ Podría considerarse que este factor no justifica necesariamente la especificidad de la actividad interpretativa. Una situación diferente es que las técnicas a que nos veremos obligados a utilizar frente a sus disposiciones sean especiales, pero ello proviene de su carácter de principios (normas abiertas, de contenido valórico, potencialmente conflictivas), y no de su carácter constitucional.

a.- Indeterminación de su contenido u objeto

Como ya señalábamos, aparte de la autodefinition de la norma como “Constitución” y de su incorporación en un documento llamado de la misma manera, carecemos de criterios que nos permitan reconocer por sí mismo a un enunciado como perteneciente a la Constitución como categoría o nivel normativo.

Por ello, es posible imaginar normas que siendo constitucionales por su rango, se encontrarán fuera de la Carta Fundamental (por ejemplo, en tratados internacionales, en otras leyes o más comúnmente, implícitas en el texto de la propia Constitución). Del mismo modo, podemos concebir normas que deberían ser objeto de regulación legal, pero que sin embargo se encuentran dentro del documento constitucional.

Determinar cuál es el contenido real de la constitución tiene importantes consecuencias prácticas, dada la exigencia de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo a sus preceptos (efecto de irradiación). Sin embargo, esto aún no parece justificar la necesidad de una técnica constitucional autónoma a la utilizada por la ley.

b.- Indeterminación de sus propias normas

Mucho más relevante para nuestro estudio es el hecho de que la Constitución sea redactada recurriendo a conceptos y expresiones deliberadamente ambiguas, amplias y capaces de sostener múltiples interpretaciones⁵⁹⁶. Pero este tipo de enunciados (principios) no es privativo de la Constitución, siendo también posibles de encontrar en otras regulaciones infra constitucionales⁵⁹⁷.

Sin embargo, en materia constitucional el elemento difuso es notoriamente más intenso, lo que inevitablemente exige una labor interpretativa más involucrada y creativa.

⁵⁹⁶ La Constitución, es, en algún sentido, una “norma incompleta”. Más aún señala que “la Constitución será lo que deseen las fuerzas políticas y sociales y, en su caso, mientras sus sentencias sean respetadas, lo que diga el Tribunal Constitucional”.

Alejandro NIETO, *“Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional”*, Revista Administración Pública, Nos. 100-102, Vol. I (1983), p. 371 y ss. En el mismo sentido, STC 11/1981, FJ 7. Sostiene VALLDECABRES ORTIZ respecto de la Constitución: “Una norma que aspira a ser “suprema”, es decir, a abarcar todos los aspectos relevantes de la organización de la vida política de la sociedad, y que, al tiempo, propugna el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, no puede menos que ser flexible, abstracta y abierta”. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 420.

⁵⁹⁷ De hecho, GARCÍA AMADO sostiene que “todo el ordenamiento jurídico está plagado de normas de tal tipo, y consiguientemente, de tales situaciones. Por eso hay muchos mundos jurídicamente posibles. El documento constitucional no tiene nada de particular sino es un cierto mayor grado de indeterminación, como promedio, de sus enunciados. Pero no es ningún mundo jurídico aparte que justifique especiales técnicas interpretativas y aplicativas”. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 40, p. 244.

3.3.- Normas construídas con referencia a valores y otros elementos tradicionalmente considerados extrajurídicos

Asimismo, si se considera a la Constitución como la expresión concreta del orden objetivo de valores que debe organizar las relaciones de una comunidad, (modelo axiológico propio del neoconstitucionalismo), ella será también “una suerte de puente entre el discurso jurídico y el moral, por cuanto su interpretación (su atribución de significado) no puede prescindir de valoraciones éticas”⁵⁹⁸.

Si bien este elemento no es una característica necesaria de todo modelo constitucional, Guastini⁵⁹⁹ aclara que es una realidad para las constituciones posteriores a la Constitución Alemana, que además de normas, formulan principios y proclaman valores.

Asimismo, nos recuerda que expresar valores y principios no es una exclusividad de los textos constitucionales, aunque en la práctica, en estos aparecen en mayor medida (ellos se encuentran también en forma clara en textos civiles y penales, que son leyes ordinarias).

3.4.- Especificidad del intérprete constitucional

Pero como veremos en las páginas que siguen, las Constituciones modernas presentan una serie de características estructurales nuevas que incidirán en el proceso interpretativo, complejizándolo aún más.

Si bien hemos sostenido que la interpretación jurídica es una facultad ejercitable por todos, también es cierto que su interpretación privilegiada o auténtica corresponde a los órganos señalados por el Estado para ello. De este modo, si la Constitución ha asignado la tarea de la interpretación constitucional a un sistema u órgano especial (como de hecho ocurre en casi todos los países europeos y americanos), estaremos frente a una característica específica del derecho y la interpretación constitucional⁶⁰⁰.

En cambio, si el control de constitucionalidad no es atribuido a un órgano específico, dejando que este sea compartido por tribunales de competencias comunes, no podría hablarse de un factor de especificidad de la interpretación constitucional⁶⁰¹.

Cabe señalar en este punto un comentario adicional. Dada la alta indeterminación de las normas constitucionales, su atribución de carga valórica y la superioridad e

⁵⁹⁸ Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 346. De esta forma, la Constitución ofrece una guía tanto al legislador como al juez.

⁵⁹⁹ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 56.

⁶⁰⁰ Sin embargo, aunque la experiencia y la historia comparada nos muestran que existen diversos modelos de control constitucional (concentrados, difusos o mixtos), en la mayoría de los países europeos y americanos existe en la actualidad un tribunal especializado en la materia (típicamente un Tribunal Constitucional o una Corte Suprema, como sucede en EE.UU.).

⁶⁰¹ POZZOLO señala que: “Si el ordenamiento considerado prevé (...) un control de constitucionalidad difuso, no habría especificidad de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley en cuanto que hay un único sujeto competente para la interpretación/aplicación de una y otra”. Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 345.

independencia de los Tribunales Constitucionales frente a otros órganos jurisdiccionales e incluso frente al poder legislativo, la labor interpretativa que en su seno realice muchas veces tendrá un componente altamente creativo y valorativo, es decir, político⁶⁰².

Ello es un factor que vuelve a diferenciar al Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sobre todo frente al carácter predominantemente técnico y más limitado de los juzgados ordinarios.

3.5.- Especificidad por los efectos de las sentencias del juez constitucional

Tal como lo esbozábamos en los puntos anteriores, la interpretación constitucional tiene un carácter marcadamente valorico y político del que carece la interpretación legal, o al menos, de la que se diferencia en su intensidad, frecuencia e impacto.

Por tanto, la influencia de las sentencias de contenido constitucional podrá ser o no un factor de especificidad de su interpretación, lo cual a su vez dependerá significativamente de la estructura institucional que recaiga sobre las mismas.

En los modelos donde las sentencias tengan efectos más universales, la importancia de las sentencias de contenido constitucional será mayor que donde se les dé un efecto limitado al caso particular.

Pero más allá de los efectos legales, y dada la relevancia de los aspectos generalmente tratados, es importante destacar su potencial influencia sociocultural y doctrinaria, que puede ser a la postre, el factor más relevante.

3.6.- Requerimientos de cambio y adaptación propios de las normas constitucionales

GUASTINI menciona dos argumentos relacionados que intentan justificar la necesidad de una especificidad en la interpretación constitucional⁶⁰³. Ambas dicen relación con la naturaleza dinámica de las relaciones sociales y políticas, y al mismo tiempo, con la necesidad de adaptación, equilibrio y estabilidad propia de la Constitución. Ello podría llevarnos a plantear una técnica interpretativa flexible, visionaria, funcional a los múltiples intereses involucrados.

Sin embargo, estos argumentos son débiles para justificar la especificidad de la interpretación constitucional, y apuntan antes a la necesidad de realizar cambios constitucionales o de incorporar a ella normas de suyo flexibles. “La adaptación de

⁶⁰² PRIETO SANCHÍS señala que está en la naturaleza del sistema que el Tribunal Constitucional asuma, además de su rol jurídico, uno fuertemente político. Ello “obedece no solo a la naturaleza política de los sujetos que participan en los procedimientos que se siguen ante el Tribunal, sino también a las consecuencias que se derivan de sus decisiones”. Luis PRIETO SANCHÍS (1991), ob. cit., nota 48, p. 178. Más adelante, insiste al señalar que “los jueces en general y los constitucionales en particular son –como yo pienso– órganos políticos, sujetos revestidos de poder para conformar la vida de los ciudadanos según cierto Derecho, pero también según sus ideas y pasiones”. Idem, p. 198.

⁶⁰³ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, pp. 56-57.

la constitución a la realidad (política, social, etcétera) es tarea de revisión Constitucional, no de la interpretación”⁶⁰⁴, y no puede llevar a entregar a los jueces facultades de creación o modificación constitucional que no se les han atribuido.

3.7.- Conflictividad permanente (aparente o real) de los enunciados constitucionales entre sí

Las Constituciones incorporan muchos enunciados que tienen la característica de los principios, lo que sumado a la pluralidad de los valores incorporados vuelve frecuente los conflictos entre principios constitucionales⁶⁰⁵.

Ello se ve especialmente en aquellas disposiciones constitucionales que expresan principios (en oposición a reglas), lo cual sucede en buena parte de las disposiciones constitucionales sustantivas. Los principios generales (que no expresan reglas concretas) exigen a la vez un trabajo de concretización (para ser aplicados al caso concreto) en el que es común que entren en conflicto con otras disposiciones de igual valor⁶⁰⁶.

4.- Criterios particulares para la interpretación de las disposiciones constitucionales

Algunos autores han señalado la existencia de algunos criterios adicionales que sólo existirían en materia constitucional, aunque ellos reflejan una serie de problemas operativos de algunos sistemas jurídicos (juriusprudencias oscilantes, falta de bases argumentativas, sólidos, etc. CASTAÑO ZULUAGA, a partir de la experiencia argentina reseñada por VIGO, señala los siguientes criterios:

- 1) Optimización de la eficacia jurídica de la Constitución;
- 2) Sistematización de la Constitución;
- 3) La Constitución como parte del sistema jurídico;
- 4) Fidelidad no estática al poder constituyente;
- 5) Contenido y proyecciones políticas;
- 6) Contenido axiológico;
- 7) Self-restraint;
- 8) Fundamentación apropiada y trascendencia de los considerandos;
- 9) Apertura del derecho comunitario e internacional;
- 10) Medir las consecuencias del resultado interpretativo;

⁶⁰⁴ Ibid., p. 57.

⁶⁰⁵ Ibid., p. 86.

⁶⁰⁶ Ibid., p. 73. Dado que generalmente se trata de normas dictadas en un mismo momento, y con la misma jerarquía formal dentro del sistema de fuentes), “no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos”, como lo son, por ejemplo, el de ley especial y el de ley posterior.

11) Estabilidad relativa de los precedentes constitucionales⁶⁰⁷.

FIGUEROA MEJÍA agrega a los ya señalados algunos criterios adicionales⁶⁰⁸:

4.1.- El principio de la unidad de la Constitución

Si la Constitución ha sido construida sobre la idea central de “dignidad humana” y busca el bien común, su unidad interna es algo que debiera ser imperativo. Incluso frente a los casos de textos en apariencia incompatible, incorporados en el texto por autores diversos y antagónicos en sus posiciones, el intérprete debe intentar dar a sus normas una lectura que las haga compatibles. Adicionalmente, dado el efecto irradiador de la Constitución, no habrá unidad del ordenamiento jurídico sin unidad dentro de la propia constitución, punto de partida de todo el ordenamiento jurídico.

Por ello, la interpretación ha de hacerse considerando la Constitución como un todo, donde cada precepto adquiere su sentido en relación con los demás⁶⁰⁹.

4.2.- El principio de concordancia práctica

Éste se encuentra en íntima relación con el anterior, e implica que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que en la solución de los problemas todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada “ponderación de bienes” o incluso abstracta “ponderación de valores”, realizar el uno a costa del otro.

4.3.- El principio de corrección funcional

Con este principio se pretende no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución. Esto es aplicable, entre otras, a las relaciones entre legislador y juez de constitucionalidad, puesto que a la jurisdicción constitucional sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, por lo que le está vedada una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el juez mismo.

⁶⁰⁷ Rodolfo VIGO, “*Directivas de Interpretación Constitucional*”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR (ed.), *Interpretación Constitucional*, T. II, Editorial Porrúa, México (2005), pp. 1339-1368 (citado por Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, p. 88). Emilio PFEFFER da pautas de interpretación en “Algunos Criterios que Permiten Solucionar el Conflicto Derivado de la Colisión de Derechos”, *Revista Chilena de Derecho*, No especial sobre Jornadas Chilenas de Derecho Público (1998), p. 225.

⁶⁰⁸ En esta sección seguimos a este autor en forma cuasi literal. Giovanni FIGUEROA MEJÍA (2010), ob. cit., nota 458.

⁶⁰⁹ El autor cita la STC 5/1983, FJ 3.

4.4.- El principio de eficacia integradora

El mismo implica que la Constitución debe velar por el mantenimiento de la unidad política, como dice PÉREZ ROLLO, debe ser un instrumento de “agregación” y no de “desagregación” política de la comunidad. Por lo que cuando se presenten problemas jurídico-constitucionales se debe otorgar preferencia a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad.

4.5.- El principio de fuerza normativa de la Constitución

Con él se deja claro que la interpretación constitucional es una interpretación de límites. Esto es, no se puede “desnaturalizar” el texto constitucional por la vía de la interpretación. Cuando no es viable encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución, como es obvio, hay que hacer valer la Constitución frente a la ley. Este es el mínimo de seguridad que la Constitución tiene como norma jurídica.

4.6. El Principio de interpretación conforme a la Constitución

Responde a una lógica clara de supremacía de la Constitución sobre todas las normas jurídicas, y su posición central en la construcción y en la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto; lo cual obliga a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación en el sentido que tengan los principios y las reglas constitucionales. Además, cabe advertir que la aceptación de este principio por vía jurisprudencial se hace patente en prácticamente todos los sistemas de justicia constitucional.

BERTELSEN señala los siguientes criterios⁶¹⁰:

- 1) optimizar la fuerza normativa de la Constitución (principio del efecto útil y de la concordancia operativa de las normas);
- 2) unidad de la Constitución;
- 3) respetar y maximizar la funcionalidad del régimen político;
- 4) respetar y consolidar los valores constitucionales;
- 5) estabilidad (relativa) de las decisiones interpretativas;
- 6) fidelidad no rígida al poder constituyente.
- 7) adecuada fundamentación de las decisiones.

5.- Las técnicas de interpretación constitucional más utilizadas en la práctica

De acuerdo a GUAISTINI, algunas de las técnicas utilizadas serían las siguientes.

⁶¹⁰ Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 27 y ss. (haciendo referencia a Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “*Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*”, Librotecnia, Santiago (2006), p. 112.

5.1.- La interpretación literal

Consiste en atribuirle al texto constitucional el significado *prima facie*, de acuerdo a las reglas del lenguaje. Puede ser *originalista*, es decir, anclado en el sentido del texto al momento de su dictación; o *contemporánea*, de acuerdo al significado natural y obvio de las palabras en el contexto cultural actual (lo que supone una interpretación evolutiva o dinámica de la Constitución. GUASTINI, quien señala que la diferencia entre ambas técnicas aparece fundamentalmente cuando se trata de interpretar textos muy antiguos, como la Constitución Americana, y conceptos especialmente ambiguos y abiertos, como el “due process of law” o la dignidad humana⁶¹¹.

5.2.- Técnica a *contrario sensu*

Un ejemplo de este mecanismo es la lógica del principio de legalidad, que afirma que *todo lo que no está prohibido está permitido* (al menos para los particulares), o la afirmación de *lo que en una enumeración no está contemplado está excluido*⁶¹². Naturalmente, esta técnica requiere ajustes y debe ser utilizada en concordancia con otros criterios.

5.3.- Criterio teleológico o de la intención de los constituyentes

El que puede ser basado en la voluntad (intent) o en la finalidad (purpose) de los autores. También puede distinguirse entre la motivación psicológica (subjctiva) y el objetivo concreto (objetivo o interés) que se buscaba al dictarla⁶¹³.

Este criterio es uno de la que presenta mayores ventajas y su utilización es amplia en la resolución de conflictos constitucionales. Sin embargo, corre el riesgo de confundirse con las tesis originalistas y levantar posturas absurdas, así como el de ser utilizado para propiciar una interpretación notoriamente diversa al que ofrece la comprensión literal.

5.4.- El dislocamiento o disociación

Consiste en *distinguir*, con referencia a la clase de supuestos contenido en el acto legislativo, dos o más subclases que supondrían regulaciones diferentes, y por lo mismo, sólo una de ellas queda bajo el imperio de la norma analizada (excluyendo a la o las demás).

⁶¹¹ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, pp. 67-68.

⁶¹² Un ejemplo más polémico es el de la nacionalidad y de los derechos de los extranjeros, pues es una realidad de nuestras sociedades que da un golpe en la línea de flotación de la dogmática de los derechos fundamentales, que parte del supuesto de su universalidad y plena vigencia. Ibid., p. 68.

⁶¹³ Ibid., p. 69.

5.5.- La argumentación extensiva, mediante analogía

Incluyendo en la norma situaciones que no quedarían en ella, siguiendo una comprensión literal de la misma. La operación es la inversa a la señalada en el número anterior, pues ahí donde parecen haber dos clases diversas, se procede a fundirlas y a regirlas por la misma norma.

5.6.- El carácter sistemático de la Constitución o del sistema jurídico en general

Partiendo de la base que el derecho es un todo consistente y coherente, donde no hay contradicciones y los objetivos y principios que hay tras todas las normas son comunes. GUASTINI recalca que no corresponde a un método o técnica interpretativa específica, sino que consiste en atribuir significado a ciertas disposiciones sobre la base de otras ya interpretadas en forma previa.

5.7.- Interpretación adecuada

Finalmente, GUASTINI precisa que hay una técnica muy relevante en la interpretación contemporánea pero que no corresponde incorporarla en esta lista, dado que se aplica a las leyes y no a la Constitución. Consiste en la interpretación “conforme a la Constitución” o adecuada⁶¹⁴.

6.- Toma de posición respecto a la especificidad de la interpretación constitucional

Habiendo señalado las principales características que a nuestro juicio diferencian el texto constitucional del legal, y la necesidad de contar con herramientas específicas para su tratamiento, podemos entrar de plano en la pregunta por la especificidad de la interpretación constitucional.

GUASTINI⁶¹⁵ sostiene que la existencia de una amplia bibliografía sobre el tema “sugiere con toda evidencia que la interpretación del texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos (la ley, en particular)”. Por tanto, precisa, es posible que ella requiera de técnicas diversas de interpretación⁶¹⁶.

Sin embargo, luego sostiene que del estudio de las sentencias constitucionales y de los trabajos doctrinarios “se puede formular la hipótesis -que debe someterse a control empírico- de que los intérpretes de la Constitución (o mejor dicho de las diversas Constituciones) usan de hecho, en la práctica, y de manera muy simple, las

⁶¹⁴ Ibid., p. 72.

⁶¹⁵ Ibid., p. 53.

⁶¹⁶ Ibid., p. 54.

mismas técnicas de interpretación que son utilizadas en la interpretación de la ley”⁶¹⁷.

En un sentido opuesto se pronuncia COMANDUCCI, aunque también reconociendo que hoy mayoritariamente lo que se plantea es una relación de género a especie entre la interpretación legal y constitucional⁶¹⁸. Afirma que si se adopta el modelo axiológico de la constitución como norma, “el neoconstitucionalismo ideológico pone generalmente en evidencia una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley, y también de la aplicación de la constitución respecto a la aplicación de la ley. Tales especificidades derivan de la diversidad del objeto constitución respecto a la ley, y se manifiestan sobre todo en relación a las respectivas técnicas interpretativas”⁶¹⁹.

Asimismo señala que uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico respecto a la teoría iuspositivista tradicional es “la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley”⁶²⁰. Sin embargo, mientras estas diferencias no sean una exigencia del propio ordenamiento jurídico, estas “peculiaridades” serán contingentes y dependerán de la aceptación que la comunidad jurídica haga de ellas. Por tanto, es presumible que sean también en algún grado dinámicas.

Incluso si partimos de la idea de que la interpretación constitucional no es cualitativamente distinta a la de cualquiera norma legal⁶²¹, podríamos sostener que la prevalencia de determinado tipo de enunciados (principios), y sus propias

⁶¹⁷ Ibid., p. 67 (citando a Elizabeth ZOLLER, “*Droit Constitutionnel*”, PUF (1999) pp. 126 y ss., 172 y ss., y 239 y ss.).

⁶¹⁸ Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 99.

En contra, por ejemplo, LANDA, quien se manifiesta partidario de la autonomía de la teoría de la interpretación constitucional. César LANDA, “*Teorías de la Interpretación Constitucional*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Interpretación Constitucional*, T. II, Editorial Porrúa, México (2005), pp. 731-750 (citado por Luis Ociel CASTAÑO ZULUAGA (2009), ob. cit., nota 275, p. 77 y ss.).

⁶¹⁹ COMANDUCCI señala que muy claro y ejemplificativo en ese sentido es DWORKIN. Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, p. 100.

⁶²⁰ Ibid., pp. 98-99.

⁶²¹ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 169. En un sentido similar, GARCIA AMADO, sostiene que la actitud con que el intérprete debe enfrentar la ley y la Constitución debe ser el mismo, y que si existe una especificidad en la interpretación constitucional, esta “no tiene que ver con la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal”, sino con las características propias del material trabajado. GARCIA AMADO señala que las diferencias entre una y otra son “cuantitativas y no cualitativas”, llamando la atención sobre la “mitificación” que en las últimas décadas ha existido en torno a la Constitución como norma, por razones de diverso tipo (históricas, políticas, etc.).

En el mismo sentido, COMANDUCCI señala que en la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. Al interior de esta posición común, sin embargo, se encuentra alguna diversidad de acentuación, que depende en buena medida del hecho de que algunos autores, a diferencia de otros, dan también cuenta, desde un punto de vista externo moderado, de la actividad interpretativa de las cortes constitucionales, las cuales, a su vez, parecen comúnmente asumir no el modelo descriptivo sino el axiológico de constitución. Sin embargo, el autor no concuerda con esa mirada. Ibid., p. 99.

exigencias interpretativas, nos lleve a planear un modelo caracterizado como diferente por razón de su práctica, asumiendo que un cambio cuantitativo importante puede implicar, de alguna medida, un cambio cualitativo⁶²².

En este sentido, el propio GUASTINI, que no reconoce la existencia de una técnica de interpretación propia de la constitución y distinta a la de la ley, admite que ciertos procedimientos interpretativos son recurrentes y típicos en la práctica interpretativa de los tribunales constitucionales, aunque no sean exclusivos de este ámbito⁶²³.

En efecto, si las características normativa de los enunciados constitucionales son, en general, diferentes a los de los enunciados infra constitucionales (principios v. reglas), las técnicas de interpretación a las que deberemos recurrir debieran ser también, en general, diferentes. Sólo habrá que determinar si este cambio de técnicas dominantes (cuantitativo) constituye o no un cambio de técnica (cualitativo), aunque más allá de los términos, es claro que estamos hablando de una misma cosa.

La consecuencia de ello ha sido el desarrollo de una serie de técnicas interpretativas, que si bien no son privativas de la constitución, son características de ellas. Sin embargo, creemos que también es necesario poner paños fríos a cualquier intento revolucionario o activista, pues en estas materias el cambio planteado podría ser de tal magnitud, que sólo es posible garantizar la seguridad jurídica llamando al mismo tiempo a los tribunales a ejercer un prudente “self restraint” o “autocontención”.

IV.- El intérprete judicial frente a los enunciados constitucionales referidos a derechos y su forma de interpretación.

Desde antiguo, dentro del sistema de fuentes del Derecho se han considerado incorporadas ciertas máximas de justicia, de pretensión cuasi universal, resistentes a las modificaciones normativas, habitualmente reflejadas en el ordenamiento o incluso incorporadas expresamente al mismo⁶²⁴. Ellas han recibido el nombre de principios y muchas veces se recurre a ellos para solucionar algunos problemas de interpretación, contradicción, vacíos, extensión, e incluso de inadecuación de la regla a las necesidades de justicia⁶²⁵. De esta forma, los principios han permitido

⁶²² Intentaremos un ejemplo con ánimo didáctico: si me corto un cabello, genero un cambio cuantitativo, pero si corto todos, quedo calvo, lo que es un cambio cualitativo.

⁶²³ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 73.

⁶²⁴ A modo de Ejemplo, ULPiano define en el Digesto que la justicia como el arte de dar a cada uno lo suyo, y señala que los principios generales del derecho son no causar daño, actuar de buena fe y cumplir lo pactado. LARENZ define a los principios jurídicos como “los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible”. Karl LARENZ, *“Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica”*, Civitas Ediciones (1985), p. 32. POZZOLO entiende los principios como “valores morales positivizados”, lo que vincula o “tiende un puente” entre el derecho y la moral. los conecta con las normas morales. Susanna POZZOLO (1998), ob. cit., nota 15, p. 340.

⁶²⁵ En los casos de ausencia de ley, antinomias y lagunas legales, las respuestas jurídicas quedarán entregadas a los tribunales, donde deberán considerarse todos los elementos y valores propios del ordenamiento jurídico, creando un todo con coherente y con sentido. En estos casos, la sujeción

integrar el derecho y armonizarlo, dándole un sentido de unidad, permanencia y estabilidad, y en algunas ocasiones, de universalidad y finalidad⁶²⁶.

En épocas de creciente dispersión y atomización regulatoria, como la actual, este elemento puede ser valorado con especial interés, dada su capacidad para indicarnos los ejes rectores, propósitos generales con que se deben entender las reglas de un ordenamiento, dando armonía y coherencia a todas ellas. Ello sucede especialmente en aquellas áreas del Derecho que han sido reguladas en forma más detallada, y que en general corresponden a las normativas sectoriales⁶²⁷.

La relación entre la normativa y los principios provoca reflejos en un doble sentido. Se podría sostener que conociendo las normas podríamos inferir cuáles son los principios que informan el Derecho, así como que los principios están contenidos en las normas, ya que ellas son un reflejo abstracto de su contenido. Más aún, muchos de ellos han sido reiteradamente positivados, por lo que veremos principios dentro de textos normativos, desde donde serán aplicados como parte del derecho positivo⁶²⁸.

del juez no será a la ley, sino al derecho. Karl LARENZ, *“Metodología de la Ciencia del Derecho”*, Ariel, Barcelona (1994), p. 361.

⁶²⁶ En el Derecho privado, por ejemplo, los principios de “enriquecimiento sin causa”, “buena fe”, entre muchos otros, tienen una función interpretativa, integrativa y didáctica invaluable. Lo mismo sucede en el Derecho Penal con el “non bis in ídem” o el “nulla poena sine legem”, por señalar sólo algunos. DWORKIN menciona buenos ejemplos de utilización de principios generales para resolver casos concretos, incluso antes del advenimiento del constitucionalismo moderno. Así por ejemplo, en 1889 (caso *Riggs v. Palmer*) un tribunal de Nueva York impidió recibir la herencia al asesino del causante, ya que ello implicaría permitirle obtener beneficios de su propio crimen. Ronald DWORKIN, *“Los Derechos en Serio”*, trad. de Marta Guastavino, Ariel (2002), p. 73. Otro caso señalado por el autor es la cláusula de limitación de responsabilidad de un fabricante de automóviles frente a las fallas estructurales que generaran accidentes (*Henningsen v. Bloombield Motors, Inc.*, fallado por la Corte de Nueva Jersey en 1960), suponiendo que el pacto se originó en las diferencias económicas entre ambas partes (letra e y f del fallo respectivamente).

⁶²⁷ David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 69. La especificidad regulatoria que pueden alcanzar algunas regulaciones obliga a recordar sus principios organizadores y a interpretarlas a su amparo, so riesgo de literalizar incorrectamente sus disposiciones y perder el rumbo, equivocando, o incluso olvidando, el sentido y propósito de la norma.

⁶²⁸ El asunto aquí señalado nos parece suficientemente conocido, aunque es necesario decir que la última propuesta (una reglamentación que incluya de tal manera a los principios que permita incluso prescindir de ella), requiere un nivel de coherencia y calidad que pocas veces podremos observar. Sólo para graficar las diferencias existentes sobre este punto, citaremos a LARENZ, para quien “el principio no se obtiene mediante generalización de la regla. Es al revés: hay que hacer un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido, y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado”. Karl LARENZ (1985), ob. cit., nota 624, p. 35. Para DWORKIN, en cambio, los principios son prácticas y usos generalmente aceptados por una comunidad, pero además son capaces de justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad, formula que le permite conectar derecho y moral, incorporando los principios a las fuentes que debe utilizar un Tribunal. GUASTINI agrega que “según el sentido común de los juristas” existen normas implícitas, que no han sido enunciadas, categoría a la que pertenecen muchos principios generales del derecho (Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 32). ZAGREBELSKY ve en los principios una huella de principios naturales externos al derecho y que lo orientan, haciendo con ello una referencia indirecta al derecho natural. El trabajo del intérprete dependerá, por tanto de sus propias ideas de justicia, echando por tierra cualquier idea de neutralidad del intérprete frente a la norma (en contra, David

Desde otras perspectivas, se puede decir que los principios gozan de una existencia abstracta y permanente, anterior al derecho positivo y a la comunidad, permitiendo dar legitimidad a las normas positivas en cuanto se ajustan a ellos, o criticarlas cuando su formulación o interpretación ha sido inadecuada. Desde estas tradiciones, los principios, además, son los cimientos y las guías desde donde se construye y legitima toda la arquitectura normativa, guiando y limitando a los órganos generadores y aplicadores de normas. En el constitucionalismo moderno este mandato es especialmente relevante, pues se exige al Estado y a sus órganos realizar activamente los mandatos expresados por la vía de los derechos fundamentales, los que a su vez constituyen límites concretos al poder del legislador y a la capacidad creativa e interpretativa de los jueces.

Pero más allá de las discusiones a que den lugar, de su fundamentación conceptual y de su específica órbita de influencia y aplicación, como de cualquier análisis de mayor complejidad y profundidad, podemos decir que en la práctica, los principios han estado y están presentes en el derecho diario, e incluso en la vida diaria, constituyendo lineamientos generales del orden jurídico positivo y guías tácitas de solución de controversias, de acción y reflexión, tanto pública como privada.

1.- Reglas y principios en el lenguaje constitucional contemporáneo

En la doctrina constitucional contemporánea es frecuente ver utilizado el concepto “principio” como una categoría específica. Más particularmente, como un enunciado normativo relevante, pero que no ofrece una solución específica y clara. Es decir, entendemos los principios como postulados jurídicos opuestos al concepto de “regla”⁶²⁹.

Bajo esta perspectiva, en general se entiende por principios a aquellas normas contenidas en el ordenamiento jurídico positivo, pero que por la forma en que han sido redactadas, resultan para el intérprete parcialmente abiertos, incompletos o ambiguos, es decir, jurídicamente elásticos, indeterminados e incompletos⁶³⁰.

MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 85). Finalmente, para graficar la situación de nuestros días, sirve el comentario de PRIETO SANCHÍS respecto a las leyes y su generalidad: “Leyes generales y abstractas querían Rousseau y Kant como garantía última de la justicia; noble ideal del que se haya un poco lejos (para decirlo con prudencia) la legislación de nuestros días”. Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 280. Araceli MANGAS agrega que los derechos pueden ser alegados directamente por los individuos y deben ser respetados “en el sentido de una obligación de no hacer, de no interferencia por parte de autoridades. Los principios, en cambio, no dan lugar a acciones judiciales ni derechos subjetivos, por lo que su materialización dependerá del desarrollo que de ellos hagan las autoridades (Araceli MANGAS (2008), ob. cit., nota 80, p. 819).

⁶²⁹ DWORKIN contribuyó significativamente a difundir esta distinción entre de dos tipos de normas jurídicas (“reglas” y “principios”). Ver, por ejemplo, Ronald DWORKIN (2002), ob. cit., nota 626, p.73.

⁶³⁰ Francisco RUBIO LLORENTE, *"La Constitución como Fuente del Derecho"*, La Constitución Española y las Fuentes del Derecho 1 (1979), p. 63.

GUASTINI agrega que dado que las Constituciones actuales incorporan muchos enunciados que tienen las características de los principios e incorporan además una importante pluralidad de los

Por ello, su aplicación no puede ser inmediata y requiere de un trabajo más complejo de concretización, circunstancia que queda especialmente clara cuando se quiere aplicar un principio (o varios) a un caso concreto.

Muchas de las disposiciones de rango constitucional actualmente vigentes en la mayoría de los países europeos y americanos tienen esta naturaleza, lo que ha generado una importante necesidad de precisar la forma en que deberán ser entendidos y aplicados.

En particular, dado el carácter normalmente abierto e indeterminado de los principios, es probable que entren en conflicto⁶³¹ con otras disposiciones de igual valor, donde es imposible aplicar las reglas clásicas de solución de antinomias, como por ejemplo las de primacía de la “ley posterior” o “ley especial”⁶³². Para esos casos se ha planteado y aceptado, en forma general, que el conflicto sea resuelto mediante un trabajo de ponderación o balanceamiento⁶³³.

En suma, podemos decir que lo que caracteriza a los enunciados normativos que llamamos principios es que por alguna razón (ambigüedad de sus palabras o redacción, referencias a conceptos morales o ideales, o el que sea) no permiten una aplicación clara e inmediata a un caso concreto, a diferencia de lo que sucede con las reglas.

Para nuestro análisis, lo más relevante es que ello sucede en buena parte de las disposiciones constitucionales sustantivas, generando habitualmente situaciones de “colisión entre derechos” que deben ser resueltas. Lo que parece alcanzarse cierta unanimidad es en que la idea de principios adquiere toda su virtualidad jurídica en el marco de los conflictos normativos y, más concretamente, de los conflictos normativos intraconstitucionales⁶³⁴.

valores, los conflictos entre principios constitucionales se vuelven frecuentes. Riccardo GUASTINI (2010), *ob. cit.*, nota 24, p. 86.

Por otra parte, entendiendo los principios desde otra perspectiva, como por ejemplo como elementos fundantes del ordenamiento, hay principios con una alta determinación semántica, como los de legalidad e irretroactividad.

⁶³¹ La forma como entren en conflicto dependerá a su vez de la comprensión que se dé al contenido interno de los principios. De esta manera, para alguien como ALEXY, la conflictividad es plena, permanente y forma parte de la legitimidad y operatoria de los principios. Para otros, como HABERMAS o de DOMINGO, esta postura es inaceptable, propiciando un modelo jurídico donde las reglas son coherentes, compatibles y no contradictorias.

⁶³² Generalmente se trata de normas dictadas en un mismo momento y acto, y que tienen un mismo estatuto formal dentro del sistema de fuentes. La consecuencia de ello es que “no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos”, como lo son, por ejemplo, el de ley especial y el de ley posterior. Por ello, echamos mano a la ponderación (Riccardo GUASTINI (2010), *ob. cit.*, nota 24, p. 88).

⁶³³ Ello no obsta a que se hayan planteado y utilizado otros mecanismos complementarios o sustitutivos.

⁶³⁴ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), *ob. cit.*, nota 16, p. 339.

Araceli MANGAS agrega que en la actualidad, todo occidente identifica los derechos fundamentales con los principios generales de derecho, y que ellos “son una fuente de inspiración que obliga a la labor judicial: desde esa categorización, los derechos fundamentales que gozan los ciudadanos en los países democráticos son muy parecidos por iguales”. Araceli MANGAS (2008), *ob. cit.*, nota 80, p.816.

2.- Reglas y principios: criterios de distinción y formas utilizadas para resolver conflictos

Dado que las consecuencias de tratar a un enunciado jurídico como regla o como principio son significativas, debemos contar con criterios lo más precisos e infalibles para identificar unos y otras. Esta tarea muchas veces no es fácil, ya que, nuevamente, la distinción dependerá del concepto que tengamos de uno u otro⁶³⁵.

Sobre el concepto de regla, parece existir más consenso en cuanto a que es “un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos”. Para ello, se puede seguir la fórmula “si F, entonces G”, donde G puede ser muchas cosas (sanciones, derechos, etc.).

De esta manera las reglas se cumplen o no se cumplen, de acuerdo a ciertas circunstancias descritas por ellas mismas, como podríamos observar, por ejemplo, en la llegada de un plazo o la ocurrencia de una condición establecida en un contrato de compraventa.

Los principios, en cambio, no son idóneos para funcionar como premisa mayor en un silogismo judicial⁶³⁶, y su comprensión es mucho más controvertida⁶³⁷.

Más allá del recurso de referirnos a los principios como “enunciados jurídicos que no son reglas”, GUASTINI ha hecho un interesante esfuerzo por caracterizar aquello que “los autores contemporáneos” consideran un principio, atribuyendo esta característica a toda norma que presenta las siguientes características:

1) *Los principios son normas fundamentales del ordenamiento a que se refieren*, siendo imposible concebir al mismo sin ellos (constituyen sus elementos esenciales, sus elementos de identidad). De esta manera, encontramos principios relevantes en muchos subsectores del derecho, y no solo en la Constitución⁶³⁸.

Los principios así entendidos no requieren justificación, pues son concebidos en la cultura dominante como un “axioma”, como una norma autoevidente⁶³⁹, como un mandato que es al mismo tiempo justo y correcto, permitiendo dar fundamento y contenido axiológico (valórico, ético, político) a muchas otras normas del sistema.

⁶³⁵ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 74.

⁶³⁶ Ibid., p. 78. Por ello, los principios no pueden ser parte de la justificación interna, sino solo de la externa de la sentencia (como criterio para la elección de ciertas premisas).

⁶³⁷ Ibid., p. 74.

⁶³⁸ Por ejemplo, en el ámbito del derecho penal tenemos el “nulla poena sine legem”, en el civil “el enriquecimiento sin causa” o “la autonomía de la voluntad”, en el procesal “el peso de la prueba”, “la imparcialidad del juzgador” en constitucional orgánico la “separación de poderes”, en administrativo el “principio de legalidad”, entre otros. Asimismo, como principios generales presentes en todo el ordenamiento vemos el de “irretroactividad de la ley” o el de “primacía de la ley posterior sobre la anterior”, entre otros. Ibid., p. 75.

⁶³⁹ La Declaración de Independencia de EE.UU., uno de los documentos históricos más importantes e influyentes para el constitucionalismo moderno, comienza señalando que resulta “self evident” la existencia de ciertos derechos anteriores al Estado, en cuya defensa se organizaban gobiernos.

2) *Los principios son enunciados estructuralmente indeterminados*⁶⁴⁰, y por tanto, derrotables. Las reglas señalan clara y completamente todos los hechos y circunstancias en los que se produce la consecuencia que señalan, o en las que debe operar una excepción que salva el conflicto. En cambio, los principios no establecen las condicionantes o excepciones que determinan su operatividad, lo que los hace universales, y al mismo tiempo, derrotables. “Decimos que las normas son principios cuando sus colisiones no se saldan con la pérdida de validez de uno de ellos, ni tampoco mediante la configuración de uno como excepción permanente al otro (según la regla de la especialidad), sino con un triunfo que pudiéramos llamar circunstancial y que se decide a través de ponderación”⁶⁴¹. De esta manera, volvemos a la idea de que un principio como lo opuesto a una regla⁶⁴².

Como consecuencia de lo dicho, las reglas pueden aplicarse inmediatamente a casos concretos, y son utilizables como premisa mayor dentro de un silogismo judicial. Los principios, en cambio, exigen la formulación de otras normas o de una actividad decisoria que las completen, pues por sí mismos no tienen dicha capacidad⁶⁴³. Ello requiere su transformación en una regla “al menos relativamente precisa”⁶⁴⁴, tarea que queda entregada al intérprete, especialmente al legislativo o judicial⁶⁴⁵.

3) Un criterio diferente de distinción es el propuesto por ZAGREBELSKI, quien sugiere utilizar un sistema de presunciones. Así, si estamos frente a una norma constitucional deberemos presumir que se trata de un “principio”, y si su rango es legal, que se trata “reglas”⁶⁴⁶. Aunque este criterio dista mucho ser considerado

⁶⁴⁰ A diferencia de la característica anterior, referida a su posición y jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, esta se refiere a su contenido y estructura.

⁶⁴¹ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 339.

⁶⁴² De todos modos, GUASTINI hace ver que la “derrotabilidad” es un elemento determinado “sólo por la interpretación”. Por ello, la “derrotabilidad auténtica”, es decir, la declarada por el juez, no será accesible con certeza a otro intérprete. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 76.

⁶⁴³ Ibid., p. 77. En cierta forma, ello es similar a la categoría propuesta por de VON WRIGHT, quien distingue entre normas categóricas, que para su plena aplicabilidad sólo requieren del cumplimiento de su contenido normativo, y normas hipotéticas, que además de su contenido normativo requiere de otras reglas o criterios externos (citado por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 82).

⁶⁴⁴ LARENZ señala que en sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. “Son principios materiales”, aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un “supuesto de hecho” y una “consecuencia jurídica”. Karl LARENZ (1985), ob. cit., nota 624, pp. 32-33.

⁶⁴⁵ Muchos autores sostienen que estas expresiones han sido dejadas abiertas e indeterminadas en forma deliberada, permitiendo un espacio de deliberación y discrecionalidad donde muchas soluciones y miradas sean posibles.

⁶⁴⁶ ZAGREBELSKY, por ejemplo, señala que “las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (...) por ello, distinguir los principios de las reglas, significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley. Gustavo ZAGREBELSKY, *“El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia”*, Trotta, Madrid (2003), p. 109 y 110 (citado también por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 70). Sin embargo, no aclara si al decir “constitucional” se refiere simplemente al documento constitucional, o a aquellas normas que fijan los pilares del ordenamiento, con independencia de dónde se encuentren. Si el caso fuera el segundo, su propuesta tendría menos utilidad, dado el aumento de complejidad que significa.

como definitivo o completo, algo nos indica de la naturaleza de unos y otros, permitiéndonos un porcentaje alto de aciertos con un mecanismo de una simplicidad extrema. Por ello, es una herramienta potencialmente útil.

4) Otra forma de enfrentarnos al problema es mediante una clasificación a posteriori, es decir, determinando si un enunciado es norma o principio de acuerdo a la forma como los utilizemos⁶⁴⁷.

O más concretamente, dado que las reglas y los principios resuelven sus conflictos de manera diferente, podríamos determinar la cualidad de un enunciado según el método que resulte más indicado para resolver estas situaciones⁶⁴⁸.

5) Finalmente, podemos comprender los principios en cuanto al mandato que imponen. Para ALEXY, quizá el autor más influyente en estas materias, los principios son “mandatos de optimización”⁶⁴⁹, y a diferencia de las normas, su

⁶⁴⁷ Este criterio resalta el factor subjetivo que muchas veces caracterizará a la postre a la distinción, poniendo sobre la mesa una buena dosis de realismo. Sin embargo, nos resulta de escasa utilidad, dado su carácter tautológico. Se ha dicho que sería como distinguir una pelota de fútbol de una de básquetbol dependiendo si lo usamos para jugar un deporte u otro, o definir lo que es agua según su capacidad para apagar el fuego.

⁶⁴⁸ PRIETO SANCHÍS llega a la conclusión de que una misma norma a veces puede comportarse como regla, y otras como principio “como sucede por ejemplo con las normas constitucionales categóricas: se prohíbe la esclavitud y la pena de muerte”. También encontramos reglas que para ser completadas y correctamente interpretadas deben ser integrada con toda la gama de excepciones y condicionantes del ordenamiento jurídico (atenuantes, calificantes, agravantes, reglas específicas y posteriores, principios constitucionales, derechos fundamentales, etc.), por lo que en la práctica, su aplicabilidad también resulta “prima facie”, aunque naturalmente esto no sucederá en la generalidad de los caso. Por tanto, el criterio de “casos fáciles” y “casos difíciles” también se aplica a la distinción entre principios y reglas. En estas situaciones, la presunción planteada por ZAGREGLSKY no parece tan inútil. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 339.

Por ello, la diferenciación entre normas y principios sería más funcional que estructural: “(...) Resulta impropio decir que algunas normas son principios y que por lo tanto sus conflictos se resuelven de cierta forma. Es más ajustado afirmar que ciertos conflictos normativos han de resolverse (...) de acuerdo a la ponderación” y cuando ello ocurre, “las normas reciben el nombre de principios”. Luis PRIETO SANCHÍS, *“La Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”*, Trotta, Madrid (2003), p. 187. En el mismo sentido, Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55; y Luis PRIETO SANCHÍS (2005), ob. cit., nota 274, p. 123-158; y Luis PRIETO SANCHÍS (1998), ob. cit., nota 180, p. 58, 59 y 63.

⁶⁴⁹ ALEXY los usa como sinónimos. Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 86 y ss. Sobre la identidad de ambos conceptos nos caben dudas, ya que podrían haber normas legales que dejen la determinación de su realización al destinatario, con un mandato de tipo “optimización” (“el fuego será apagado provocando el menor daño posible). Por otro lado, muchas veces, el elemento difuso de los derechos constitucionales es tan intenso, que parecen más orientaciones o estándares que herramientas para resolver un caso concreto. Ello nos recuerda al concepto que DWORKIN llamaba “directrices políticas”, y al igual que estas, los principios muchas veces requieren desarrollo legislativo.

Sobre el objeto de la optimización, GARCIA FIGUEROA realiza un aporte interesante al preguntar si el mandato de optimización podría entenderse como un criterio general de interpretación frente a todos los principios, que se transforman así en objeto de la maximización y optimización general por parte del Estado, en vez de entender a cada principio como un mandato de optimización. Señala que es el propio ALEXY el que deja abierta la posibilidad, pues no expresa con claridad si es la propia norma la que constituye un “mandato de optimización” o si bien existe un mandato general de optimizarlas. De esta manera, los principios son un “objeto” de la optimización y por lo tanto no solo debe velarse por la optimización de cada uno de ellos, sino

objetivo jurídico no es algo preciso o permanente, sino un mandato para que el contenido de los principios sea materializado en la mayor medida posible, “dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁶⁵⁰.

De esta forma, los principios, podrían ser entendidos y aplicados en forma distinta en el tiempo, de acuerdo a las posibilidades de contexto existentes, las que a su vez serán evaluadas por el intérprete o aplicador de los mismos. Esta situación permite una amplia gama de interpretaciones y cumplimientos legítimos para un mismo principio, lo que ha sido también objeto de sus mayores críticas, dada la flexibilidad y consiguiente incertidumbre de contenidos que ofrece⁶⁵¹.

6) De lo dicho hasta ahora podemos decir que ninguno de los mecanismos anteriores de distinción entre normas y principios nos da guías de acción lo suficientemente claras como para proceder con pocos márgenes de error ante una situación determinada, forzándonos a aceptar que carecemos de las herramientas científicas que nos permitan evitar que una misma norma sea tratada a veces como regla, y otras como principio⁶⁵². Ello incluso ha llevado a algunos autores a decir que la naturaleza normativa de los enunciados es una cuestión de grado, no existiendo una clara línea divisoria entre principios y reglas⁶⁵³.

Para algunos autores, quizá debido a una necesidad vital de claridad, certeza y estructuras, esta conclusión es inaceptable, porque de esta manera “cualquier cosa puede ser cualquier cosa”, lo que nos llevaría a altos niveles de confusión⁶⁵⁴.

Sin embargo, creemos que se debe poner paños fríos a la problemática doctrinaria, pues en la mayor parte de los casos, existirá consenso en la cualidad de un enunciado o de otro, cualquiera que sea la forma de distinción utilizada. De esta manera, las reglas de los contratos y de las leyes serán por lo general “reglas” (en el sentido que acá le estamos dando) y los derechos fundamentales establecidos por

del sistema de principios como un todo, incluso con sus elementos implícitos. Alfonso GARCIA FIGUEROA, *“Principios y Positivismo Jurídico. El No Positivismo Principalista de Ronald Dworkin y Robert ALEXI”*, Centro de Estudios Constitucionales (1998), p. 187-189. Sin embargo, no nos queda claro por qué el autor afirma que ello haría menos necesaria la distinción entre reglas y principios.

⁶⁵⁰ Robert ALEXI (1993), ob. cit., nota 55, p. 86. No nos parece relevante determinar exactamente qué quiso decir el autor al decir “jurídicas y reales”, pero lo que sí es claro es que con ello quería referirse a todas las circunstancias que rodean al caso. Dentro de las jurídicas podríamos señalar la velocidad de los tribunales para resolver los casos y los criterios utilizados, las demás organismos del estado y su competencia, las instituciones del ordenamiento jurídico (prescripción, plazos, recursos, acciones judiciales, etc.), otros principios y derechos, entre otras. Otros factores que podrían incidir en la posibilidad de aplicación de un principio son las circunstancias socioeconómicas, políticas y de cultura, entre muchas otras, lo que muestra que los principios serán protegidos en forma diferente a lo largo de los distintos momentos de la historia de una sociedad.

⁶⁵¹ La crítica pone de manifiesto el riesgo que implica la posibilidad de flexibilizar en demasía la extensión y contenido de los derechos fundamentales, pues permitir su indefinición debilita su relevancia y su capacidad protectora, favoreciendo con ello su vulneración y disponibilidad por parte de jueces, legisladores y demás autoridades políticas.

⁶⁵² Luis PRIETO SANCHÍS (1998), ob. cit., nota 180, p. 63. En otro texto de PRIETO SANCHÍS también parece manifestar algunas dudas sobre la posibilidad de establecer una diferenciación cualitativa (Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 339).

⁶⁵³ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 269.

⁶⁵⁴ David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 76.

Tratados Internacionales y Cartas Constitucionales serán por lo general “principios”. Las dudas persistirán sólo en una cantidad limitada de casos, y para el caso poco probable en que la arbitrariedad busque imponerse y “un camello sea confundido con un tigre”, es esperable una fuerte reacción social.

No parece haber otra salida para este problema. O al menos no otra salida mejor, siendo la disponible suficiente, bastante o razonablemente buena. En el mundo de los derechos, parece ser que debemos aceptar que lo óptimo es enemigo de lo bueno y aceptar algunos niveles de “confusión” o indeterminación será además de inevitable, incluso deseable, dado los gigantescos problemas que pueden traer aparejado un sistema rígido y no permeable a los cambios de circunstancias y a otros criterios extra normativos.

Asimismo, la búsqueda e implementación de la solución al problema de un sistema jurídico “no perfecto” puede ser a la vez tan costosa como impracticable, tediosa y frustrante. Entregar al juez o al legislador la solución e esta categoría de problemas, con todos los mecanismos de justificación y decisión existentes, nos parece una medida más adecuada (considerando que cualquier solución será una creación humana, no parece tan equivocado confiar en una persona o grupo de ellas)⁶⁵⁵.

Como ya puede intuirse, la operatividad de las reglas no será igual que la de los principios. Las primeras, concurriendo las razones requeridas, simplemente se aplican. Por tanto, las circunstancias que determinan su aplicabilidad y vigencia son predeterminadas, conocidas y estables⁶⁵⁶.

En cambio los principios carecen de una descripción de circunstancias de aplicación que sea completa y categórica. Por ello, su vigencia y extensión quedará indeterminada y debe analizarse caso a caso, sopesando prudencialmente el mérito de cada situación y todas las circunstancias concurrentes⁶⁵⁷. Des de un punto de

⁶⁵⁵ Sin perjuicio de lo anterior, podemos decir que el Derecho, como sistema, ha logrado avances significativos en la protección de los derechos fundamentales aún sin resolver este problema, lo que es, a fin de cuentas, lo que se busca mediante el sistema de principios constitucionalmente consagrados. Aún a pesar de lo imperfecto de los recursos con que contamos, podemos poco a poco avanzar, expandiendo, profundizando y consolidando el imperio del derecho y la justicia, lo que nos permite gozar de un mundo más civilizado y garantista que quizá en ninguna época de la historia humana.

Pero con ello tampoco queremos decir que se haya dicho la última palabra. Siendo el derecho una disciplina esencialmente práctica y orientada a resolver los problemas del mundo exterior, tendremos que asumir y adoptar, día a día, aquel sistema que nos lleve a un resultado global óptimo, o lo más cercano posible al buscado. De la misma manera que frente a un enfermo de cáncer tenemos el deber de aplicar el protocolo más seguro y efectivo que ofrezca “el estado del arte, tenemos un imperativo moral y de justicia de adoptar el modelo de interpretación constitucional conocido más justo, una vez aplicado el modelo como un todo. Y luego, sobre ese modelo, operativo e imperfecto, podremos ir introduciendo modificaciones.

⁶⁵⁶ Robert ALEXY (1993), *ob. cit.*, nota 55, p. 100.

⁶⁵⁷ Si seguimos a ZAGREBELSKI, diremos además que los principios carecen de supuestos de hecho, por los que sus condiciones de aplicabilidad serían indeterminadas, a diferencia de la las reglas (posición que es criticada por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), *ob. cit.*, nota 463, p. 76). Por otro lado, es posible que un principio condicione a una regla, y en este caso, por transitividad, las excepciones a la regla se vuelven potencialmente infinitas. Aunque en este caso se podría decir que la norma jurídica como tal sólo nace luego de ser irradiada por la Constitución, por lo que el problema sería solo aparente.

vista lógico, ello transforma en potencialmente en infinitos sus posibilidades de aplicabilidad.

Así, frente a un caso concreto, podemos ver situaciones donde preliminarmente parecen aplicables varios principios, siendo sus consecuencias recíprocamente incompatibles. Esta multiplicidad de posibilidades de aplicación, naturalmente será reforzada por las peticiones de aplicabilidad que de un principio u otro hagan las partes interesadas, de acuerdo a sus particulares intereses. En estos casos de incertidumbre, se requerirá de un acto de decisión, realizado por el intérprete facultado para hacerlo, que decida cuál de los principios invocados tiene un “mejor derecho” de vigencia para el caso en cuestión, de acuerdo a sus circunstancias y a razones de justicia general y del peso de cada uno de ellos en el caso concreto. Ello significa, en la práctica, que un principio puede ser derrotado por otro en el ejercicio de “balanceo” o “ponderación”⁶⁵⁸ realizado para ese caso particular.

Sin embargo, se atribuye a los principios una cualidad especial: aun cuando luego del ejercicio de ponderación realizado por el intérprete una de las partes quedará frustrada (en su anhelo de justificar su pretensión sobre la base del principio que cede), puede sostenerse que, en cuanto ente jurídico, su vigencia sigue intacta⁶⁵⁹. Por ello, podría darse que en otro caso específico, incluso muy similar, el principio que no se utilizó vuelva a ser invocado y sea plenamente aplicado, dependiendo nuevamente del “balanceo” que dada las circunstancias conocidas haga el intérprete o juzgador, siempre referido a un caso en particular.

Como hemos ya señalado, en estos casos, el factor que determinará la prevalencia será el “peso”, sin que existan mecanismos de interpretación o precedencia a priori⁶⁶⁰. En los casos en que no exista claridad sobre los principios que deban ser aplicados, serán las circunstancias, analizadas por el juzgador, las que tienen el poder de inclinar la balanza en un sentido u otro.

2.1.- Solución de controversias entre reglas

El Derecho continental históricamente se ha estructurado por medio normas que describen y regulan casos generales, a los cuales la misma asocia efectos o consecuencias específicas. La fórmula utilizada ha sido básicamente la siguiente: el legislador define las propiedades relevantes de cada caso mediante normas generales y abstractas, y la sola aplicación de estas determinará, en la mayoría de los casos, qué situación particular entra en una categoría normativa o en otra⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Según la RAE, ponderar quiere decir “determinar el peso de algo”, “examinar con cuidado algún asunto”, o “contrapesar, equilibrar”, “Atribuir un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener la media ponderada”.

⁶⁵⁹ Luis PRIETO SANCHÍS (2005), ob. cit., nota 274, p. 133 (la cita no es literal).

⁶⁶⁰ Ronald DWORKIN (1984), ob. cit., nota 626, p. 78 y ss. Más adelante nos detendremos en los problemas que genera la determinación del “peso” específico de cada principio en un caso particular.

⁶⁶¹ En este razonamiento hemos seguido fundamentalmente dos trabajos de MORESO: “ALEXY y la Aritmética de la Ponderación”, *Iuris* 16 (2003), y “GUASTINI Sobre La Ponderación”, *Isonomía*, No. 17 (2002).

De esta manera, los actores sociales y los operadores jurídicos tenemos un marco general previamente definido, que nos permite conocer las reglas aplicables a cada caso particular. A este proceso lo llamamos “*subsunción*”.

En este esquema, habrá casos fáciles, donde la aplicación de la norma es clara y sencilla (y si el trabajo de creación normativa es razonable, estos casos serán la mayoría). Sin embargo, también se presentarán algunos *casos difíciles*, donde existan dudas o diferencias sobre la normativa aplicable.

Cuando una situación específica parece ser objeto de dos o más regulaciones incompatibles (controversia, colisión, conflicto⁶⁶²), es la propia ley la que ofrece los criterios de solución, declarando inválida una de las normas, o en su defecto, estableciendo una excepción para uno de los casos (“si bien es cierto que en este caso podría ser aplicable esta regla, ello no sucede porque cae dentro de la excepción establecida por el sistema jurídico para esta situación, por lo que la regla aplicable será otra). Los criterios tradicionales de ley superior, ley posterior y ley especial, por ejemplo, son típicas formulaciones que permiten declarar inválida una regla o establecer una excepción para un caso específico⁶⁶³. Habiéndose aplicado la excepción o la exclusión, sencillamente la regla afectada no se aplica. Y la solución dada será general y permanente para todos los casos similares.

De esta forma, podemos decir que por definición, cuando hablamos de reglas, el derecho sólo ofrece una solución correcta (sólo una puede ser válida⁶⁶⁴), siendo el conflicto sólo aparente.

Además, dado a que los criterios de excepción o derrotabilidad (exclusión) están previamente establecidos por la misma ley, las soluciones ofrecidas serán permanentes, conocidas y válidas para todos los casos equivalentes. Estas características han sido una de las más permanentes y valoradas de los sistemas legales continentales, dado las garantías de generalidad, claridad y certeza que ofrecen.

⁶⁶² Un conflicto normativo o antinomia “es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diferentes e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias, ofreciendo para el mismo litigio dos soluciones diversas”. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 81

⁶⁶³ Según BOBBIO, los conflictos entre principios o reglas se podrían resolver de cualquier manera, pero se hacen de la manera que conocemos por consideraciones generales de justicia, siendo presumible que la ley posterior en el tiempo es más justa que la ley anterior, dada la experiencia asumida y los cambios en condiciones, o la superior frente a la inferior por un sentido de jerarquía y autoridad del ordenamiento jurídico. Norberto BOBBIO, “*Sobre los Criterios para Resolver Antinomias*”, en “*Contribución a la Teoría del Derecho*”, A. RUIZ MIGUEL (ed.), Debate Madrid (1990), pp. 344-348.

En primer lugar, no es posible aplicar entre ellas el criterio cronológico o jerárquico, y sólo en oportunidades aisladas es posible aplicar criterios de especificidad (aunque en la práctica no suceda a nivel de derechos fundamentales). La legitimidad de las normas constitucionales no tiene que ver con su adecuación procesal y sustantiva a una norma ulterior en la cual se funda (por ejemplo normas sobre formación de la ley en la Constitución) sino que está dada por sí misma, o más bien, por el reconocimiento o aceptación fáctica que tenga (como el lenguaje, es consensual y crea realidad).

⁶⁶⁴ Robert ALEXANDER (1993), ob. cit., nota 55, p. 88.

Sin embargo, con especial intensidad desde la segunda mitad del siglo pasado, nuestros ordenamientos han incorporado, especialmente a nivel Constitucional, una serie de enunciados que no gozan de las mismas características, a los que hemos denominado principios. Los problemas que ellos plantean, como veremos, no podrán ser resueltos de la misma manera.

2.2.- Solución de controversias entre principios

Quizá el aspecto más conocido y divulgado de la diferencia entre las reglas y los principios sea que resuelven sus conflictos de manera diferente.

Como veíamos, los conflictos entre reglas se solucionan declarando la invalidez de una de ellas (exclusión) o utilizando una cláusula de excepción⁶⁶⁵.

En cambio, los conflictos entre principios⁶⁶⁶ se resuelven mediante ponderación⁶⁶⁷. Por este mecanismo, como señalaremos más adelante, lo que se busca es determinar qué principio debe ser utilizado en el caso concreto, sin afectar en absoluto la vigencia abstracta y permanente de los demás principios en juego. Por tanto, el peso específico y la vigencia de los principios siempre es circunstancial y potencialmente cambiante.

⁶⁶⁵ DWORKIN si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”. Ronald DWORKIN (2002), ob. cit., nota 626, p. 78.

ALEXY señala que “un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”. Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 88.

PRIETO SANCHÍS en cambio afirma que “cuando dos reglas se muestran en conflicto, ello significa que o bien una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción de la otra (criterio de especialidad). Luis PRIETO SANCHÍS (2005), ob. cit., nota 274, p. 135; En un mismo sentido, José Juan MORESO (2002), ob. cit., nota 661, p. 241.

Por ello se puede decir, en forma muy purista, que no hay conflicto entre reglas, pues habiendo espacio sólo para una de ellas dentro del sistema jurídico, en realidad, la que queda fuera no es regla, al menos de acuerdo a la luz del caso que se está analizando. El conflicto es sólo aparente.

⁶⁶⁶ Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, Cap III. El autor sostiene además que generalmente los conflictos constitucionales tienen esta condición. Por ello, los modelos clásicos de elección de la norma vinculante no resultan operativos, lo que hace que surja el balanceamiento o ponderación.

⁶⁶⁷ Luis PRIETO SANCHÍS (1998), ob. cit., nota 180, pp. 58-59 (señalando además que es la práctica dominante).

Los principios generales (que no expresan reglas concretas) exigen a la vez un trabajo de concretización (para ser aplicados al caso concreto) y de un trabajo de ponderación o balanceamiento, siempre que entren en conflicto con otras disposiciones de igual valor. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 73.

Puede verse y concluirse que los intérpretes de la Constitución utilizan las mismas técnicas utilizadas desde antaño por los intérpretes legales. “sin embargo, no puede desconocerse que ciertos procedimientos interpretativos, aunque no sean exclusivos de la interpretación constitucional, son recurrentes en y típicos en la práctica interpretativa de los tribunales constitucionales”. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 73. Ello se ve especialmente en aquellas disposiciones constitucionales que expresan principios (en oposición a reglas), lo cual sucede en buena parte de las disposiciones constitucionales sustantivas.

De esta manera, frente a dos principios que aparezcan colisionando⁶⁶⁸ simplemente podemos decir que uno de ellos tiene que ceder frente a otro, que primará⁶⁶⁹. Pero el principio que no es utilizado, aunque haya sido solicitada su aplicación, no quedará ni menoscabado ni anulado, al menos en un plano abstracto, donde siempre conservará incólume y plena su vigencia. Es decir, en los conflictos donde concurren varios principios (por ejemplo, entre conflictos entre derechos fundamentales) tendremos que decir que todos ellos son válidos y aplicables al caso, al menos a primera vista (*prima facie*⁶⁷⁰), sin que el criterio prevalente en un caso concreto constituya necesariamente precedente ante otros casos futuros. Es decir, el resultado del ejercicio ponderativo generará una suerte de jerarquización para el caso concreto, o un sistema de “jerarquía móvil”⁶⁷¹.

Para superar este escollo se ha propuesto y aplicado una técnica susceptible de diversas variantes técnicas específicas, a la que se da el nombre genérico de ponderación. El desarrollo más conocido y aceptado de la misma es el realizado por ALEXY, a lo largo de toda su obra.

El método propuesto ofrece una alternativa seria a los métodos tradicionales para resolver casos de conflictos normativos, especialmente aplicable al mundo constitucional. Básicamente consiste en considerar y evaluar los diferentes elementos en juego en un caso concreto, decidiendo cuál de los principios en conflicto deberá *ceder* ante el otro bajo dichas circunstancias (es decir, no será aplicable). Pero lo relevante es que ello no significará en ningún caso que el derecho constitucional o fundamental perderá su vigencia y universalidad en cuanto norma y derecho, ya que la medida sólo será aplicable en forma transitoria y *ad hoc*. En otras palabras: la postergación es coyuntural y momentánea, justificada sólo por las circunstancias del caso, manteniendo su universalidad y vigencia incólume⁶⁷².

Sin embargo, el carácter marcadamente casuístico del modelo tiene un precio: dado que cada caso es nuevo y único, no podemos extraer de lo sucedido fórmulas o soluciones permanentes para los casos futuros. Al menos en abstracto, todos los derechos son plenamente válidos, y todos los casos únicos e irrepetibles⁶⁷³.

⁶⁶⁸ Algunos autores discuten la existencia de colisiones reales, señalando que sólo son aparentes, pues el derecho contiene los mecanismos para permitir al juzgador conocer cuál norma debe primar. De todos modos, para este análisis no es relevante que la colisión sea real o aparente, ya que en ambos casos la disputa se presentará de forma similar y deberá ser resuelta por un tercero.

⁶⁶⁹ Robert ALEXY (1993), *ob. cit.*, nota 55, p. 88.

⁶⁷⁰ El concepto provendría de GÜNTHER, aunque hoy es ampliamente utilizado. Klaus GÜNTHER, “*Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica*”, *Doxa*, No. 17-18 (1995), p. 283.

⁶⁷¹ Riccardo GUASTINI (2010), *ob. cit.*, nota 24.

⁶⁷² Para algunos autores ello no es más que una forma de plantear el problema, porque si el derecho cede, aunque sea una vez, no podría hablarse de su carácter absoluto o universal. De mantenernos en ese modelo, deberemos aceptar la existencia de decisiones judiciales que implican una derogación de la vigencia de las normas constitucionales, determinado en forma casuística. Juan CIANCIARDO (2000), *ob. cit.*, nota 93, p. 366.

⁶⁷³ Más adelante veremos que por razones de necesidad práctica, si se recurre a casos típicos y otros elementos simplificadores de esta técnica, que serán utilizables en la mayoría de los casos.

Como ya señalábamos, donde esta técnica presta mayor utilidad es en materias constitucionales, por lo que es natural que sea en este campo donde más se ha utilizado. En general, estimamos que ha dado resultados satisfactorios cuando lo que se busca analizar son conflictos entre dos o más derechos protegidos, que en un primer análisis resultan parcial o totalmente conflictivos, y por lo mismo, aparentemente incompatibles.

De lo arriba dicho, y derivado de la natural indefinición de los enunciados contruidos como principios, se infiere que en los conflictos entre ellos, la solución de cada caso puede variar, ofreciendo soluciones diferentes a cada situación. Además, en un plano conceptual esta variabilidad puede ser potencialmente infinita (nunca las circunstancias serán idénticas), pero en la realidad será limitada (las características relevantes de muchos casos tienden a repetirse, por lo cual es común que se resuelvan de la misma manera).

Esta precedencia variable y circunstanciada de los principios, imposible de conocer a priori, puede generar algún problema (por ejemplo, en la enseñanza de los principios) dado que la vigencia y aplicabilidad de los mismos irá cambiando de acuerdo a las circunstancias, intérpretes y valoraciones.

Por esta vía, el derecho gana en flexibilidad⁶⁷⁴ y adecuación a las necesidades de cada caso concreto. Pero esta relativa impredecibilidad del contenido y ámbito de vigencia de los derechos, ha sido criticada por quienes aspiran a un ideal del derecho con mayores niveles de predefinición y certeza, señalando que la adecuación a la realidad que permite la ponderación es en realidad una suerte de derecho prudencial y pre normativo, difícil de administrar y de justificar, y que por lo mismo ofrece amplias posibilidades a la arbitrariedad judicial (que disfrazará su decisión y su capricho dentro de las amplias posibilidades del juicio de ponderación). Por ahora, sólo diremos que la crítica es válida.

Debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales⁶⁷⁵, además de las restricciones históricas e institucionales que varían de

⁶⁷⁴ La flexibilidad de las Constituciones modernas es algo que no se ha destacado en forma suficiente. Ello las hace duraderas, adaptables, y ofrece un espacio amplio para el juego de las opciones políticas adecuadas o preferibles en diferentes momentos históricos y sus necesidades. Para una posición más lingüística, el único límite estaría en su significado obvio, en cuyo caso el cambio social requeriría un cambio constitucional, en los casos en que ello sea necesario (así, las expresiones del tipo “todos los hombres nacen libres” han perdurado hasta la actualidad sin necesidad de incorporar en la expresión “mujeres” o cualquier otra. Del mismo modo, la expresión “the Congress shall not make” de la primera enmienda, no ha impedido al Congreso regular algunos tipos de expresiones, invocando a veces la protección de la libertad de expresión (la tesis de Owen Fiss de que si todos gritan en un mismo lugar nadie puede entenderse, por lo que hay que callar a muchos y organizar y limitar los tiempos de expresión para que haya comunicación y expresión verdadera). En cambio, parece menos factible de interpretar la que fija el número de los diputados o los requisitos de edad o lugar de nacimiento para determinados cargos públicos, cuyo cumplimiento es binario: si o no). Esto demuestra una vez más cómo las palabras si limitan al intérprete y pone trabas claras a su eventual arbitrariedad e incluso mala fe. La evidencia del significado es un límite. Puede ser discutible o difuso, pero es un límite.

⁶⁷⁵ Robert ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales (1997), p. 234 (citado por Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 316).

región en región⁶⁷⁶. Dicho en palabras de DWORKIN, “es necesario un proceso de concreción guiado por principios”⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Robert ALEXY (1997), ob. cit., nota 675, pp. 205-206, 223, y 274-275

⁶⁷⁷ Ronald DWORKIN (1986), ob. cit., nota 508, p. 293.

V.- Los Conflictos De Contenido Constitucional.

Los problemas más comunes en el ámbito constitucional, y en particular en la aplicación de los derechos garantizados constitucionalmente, se asocian a dificultades en la interpretación y aplicación derivadas de la indeterminación de dichas normas. Muchas veces ellas generan controversias conocidas como “colisiones de derechos” o “conflictos normativos”, cuya solución será la materia de nuestro estudio en las páginas que siguen.

Antes de continuar, es preciso señalar que no todos comprenden las situaciones arriba descritas como problemas de “interpretación propiamente tal”, aunque por cierto toda aplicación normativa la supone. Por ello, preferimos hablar de mecanismos o criterios para resolver conflictos de contenido constitucional o iusfundamental.

En todos los casos en que estos conflictos se planteen, se deberá recurrir a las diferentes posibilidades y técnicas que permitirán resolver la cuestión mediante una decisión. Dichas técnicas, principios o criterios podrán ser utilizadas en forma aislada o combinada, según el intérprete. El uso y preferencia que éste dé a una u otras dependerán de su propio criterio y de las prácticas dominantes y posibilidades propias de cada tradición.

Pero sobretodo, estas preferencias serán consecuencia de la forma en que resuelva una serie de cuestiones teóricas previas, que por lo mismo no siempre serán mencionadas en la justificación de sus decisiones.

La primera y principal de estas cuestiones teóricas previas nos llevará a detenernos en la disputa entre quienes aceptan la existencia de conflictos entre derechos constitucionales como inevitable (e incluso como saludable⁶⁷⁸), y entre quienes la niegan, aduciendo principalmente la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico y de sus distintos elementos.

Tanto para evitar la conflictividad como para reducirla o negarla, se echa mano a una serie de argumentos y técnicas interpretativas. Principalmente ellas son la correcta delimitación o configuración de los derechos, la explicitación de su contenido esencial, su jerarquización y el establecimiento de limitaciones a los mismos.

Por el contrario, si aceptamos la conflictividad como una característica intrínseca del sistema de derechos fundamentales, el criterio más aceptado para solucionar las controversias entre ellos es la técnica de la ponderación, que tendrá como consecuencia el establecimiento de una jerarquía dinámica, móvil o axiológica entre las distintas normas y principios.

⁶⁷⁸ La perfecta objetividad de las normas constitucionales no es posible ni deseable. Posible, por las limitaciones con que ha sido construida (tiempo, ideologías, acuerdos, etc.), y conveniente, porque dado el efecto de irradiación no dejaría suficientes espacios para la deliberación política, reduciendo su flexibilidad y atrapándolo en el pasado. Además, obliga a un control atento de la actividad de los jueces, lo que al final del día puede ser mayor garantía de buen desempeño que la existencia de reglas aplicables en modo cuasi automático.

Como veremos a lo largo de este trabajo, tanto la inevitabilidad de la conflictividad entre derechos como su solución preferente mediante el uso de la ponderación, son las posturas dominantes tanto en la doctrina como en la práctica mundial⁶⁷⁹.

Desde ambas posiciones, así como desde las que las combinan, situándose por tanto en una posición intermedia, es posible llegar a un criterio aplicable al caso concreto.

Es decir, todas ellas nos permiten pasar del plano de los principios al de las reglas.

Las principales razones que inclinarán al intérprete por una postura y otra son interesantes.

En efecto, todo indica que los partidarios de la ponderación comienzan su análisis del mundo de los derechos desde una idea amplia y extensiva de los mismos, donde ellos son concebidos a la vez como ideales o mandatos de optimización dirigidos al Estado, y al mismo tiempo, como derechos subjetivos que aspiran a su mayor vigencia posibles y como reflejo de un orden material de valores. Esta es, por ejemplo, la postura sostenida en todo el influyente trabajo del alemán Robert ALEXY.

Por el contrario, quienes niegan la existencia de los conflictos tienden a separar el plano ideal del plano normativo, recordando que este último tiene por objeto la paz social y las relaciones intersubjetivas, requiriendo por tanto de regulaciones claras, seguras, predecibles y armónicas entre sí. Dado que estos objetivos suponen altos niveles de precisión y estabilidad, su desarrollo o elaboración final generalmente deberá ser realizado en sede legislativa⁶⁸⁰.

Algunas de estas técnicas ponen su mirada en el resultado concreto ofrecido por determinada técnica de interpretación. De este modo, cierta doctrina valora en forma preferente aquella cuya flexibilidad les permite acercarse al objetivo de justicia que se considera adecuado para cada caso (criterio teleológico). Otras, en cambio se centran en el método y en el procedimiento, en los argumentos de texto, en el espíritu del autor de la norma, u otros criterios abstractos. Los partidarios de la ponderación generalmente se encontrarán en general más cercanos al primer grupo, aunque puede haber posturas que combinen ambas.

Antes de entrar en el análisis de los diferentes criterios, debemos señalar que nuestra concepción del vocablo “conflicto” y “derecho” será amplia, abarcando normas, principios y bienes de relevancia constitucional. Esta precisión es relevante pues algunos elementos constitucionales pueden plantear conflictos con otros elementos, que carecen de la misma jerarquía, pero que o bien los completan o están naturalmente llamados a desarrollar el sistema de derechos como un todo. Asimismo, pueden existir normas que a pesar de estar contenidas en el texto de la Constitución, tengan en realidad tienen una naturaleza diferente (política,

⁶⁷⁹ Puede echarse en falta una posición más clara de la jurisprudencia constitucional en cuanto a la existencia o no de un “conflicto de derechos”, pese a que habitualmente utiliza el criterio de la ponderación que lo supone. Sin embargo, no creemos que pueda criticársele una falta de postura en esta materia, pues no le corresponde hacerlo e incluso podría rigidizar su labor principal, que es la de resolver el asunto sub iudice (y no el participar en el desarrollo doctrinal).

⁶⁸⁰ Esta sería la postura de HABERMAS, uno de los mayores críticos de ALEXY en esta materia.

reglamentaria, etc.). O casos en que se sostenga que lo que se plantea y comporta como un conflicto, en realidad es una figura diferente (confusión interpretativa, etc.).

Por ello, incluiremos dentro de la categoría de “conflictos constitucionales” a cualquier diferencia o disputa entre actores jurídicos en la que sean invocados argumentos constitucionales cuya aplicación conjunta resulte imposible para satisfacer adecuadamente los intereses de ambos.

Bajo esta comprensión, en nuestro análisis podrán participar derechos fundamentales expresamente señalados y otros elementos, expresos o tácitos⁶⁸¹, en ocasiones reproducidos en otros instrumentos normativos de rango inferior⁶⁸².

Antes de analizar las técnicas sugeridas por las diferentes escuelas, analizaremos la cuestión de fondo que las distingue, y que se relaciona con la comprensión que cada una de ellas hace de la Constitución y de los derechos, en cuanto a la unidad y armonía de la misma o a la posibilidad de que ella genere conflictos y colisiones entre derechos que vuelve el ejercicio legítimo de ambos incompatibles en determinadas situaciones. Es decir, entre quienes niegan y quienes aceptan la existencia de conflictos de derechos fundamentales.

1.- Posiciones que afirman y niegan la existencia de conflictos entre derechos fundamentales

La posición que plantea la existencia de conflictos entre derechos fundamentales parece ser ampliamente dominante en la actualidad. Ello exige un análisis de algunos de sus fundamentos más importantes.

Tal como ya hemos señalado, el carácter abstracto y general de las normativas constitucionales obligará a determinar su contenido. Mientras ello no se realice, o mientras diversos intérpretes difieran en la forma en que ello debe ser realizado, tendremos un problema o conflicto de interpretación.

No nos parece especialmente relevante determinar si dicho conflicto es sólo relativo a los intérpretes y su incapacidad para comprender la norma, o está en el

⁶⁸¹ Hoy se reconoce en forma bastante pacífica la existencia de derechos y principios expresamente recogidos por las cartas constitucionales, como de otros implícitos. Ejemplos de ellos hay muchos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por ejemplo, la STC 37/1989 rechazó las alegaciones fundadas en el derecho a la intimidad realizadas por una mujer que se negaba a someterse a una pericia médica para determinar la posible existencia de un aborto, señalando que en este caso prevalecía el interés público en la persecución y castigo de los delitos, elemento que no constituye propiamente un “derecho fundamental” (FJ 8). Sin perjuicio de ello, cabe señalar que finalmente primó la pretensión de la mujer, pero por razones procesales. Según MARTÍNEZ ZORILLA, que cita esta sentencia, este sería un caso de bien jurídicamente protegido en forma no expresa (David MARTÍNEZ ZORILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 29), y señala que para hacer esta preferencia el tribunal debe “ponderar razonablemente la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y la imprescindibilidad de tal intromisión, para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi”.

⁶⁸² STC 1/1998, FJ 3. Pueden verse más ejemplos similares en el capítulo que trata sobre la libertad de información y sus límites.

propio texto constitucional. Cualquiera sea el caso, se presentará un conflicto de pretensiones y un debate jurídico que requerirá una definición por parte de una autoridad jurisdiccional.

Sin embargo, parece evidente que las normas constitucionales de suyo nos ofrecen esa ambigüedad, y no es un problema de capacidad cognoscitiva del intérprete el adoptar una posición u otra. Generalmente, ambas serán posibles dentro del esquema constitucional. Pretender una existencia de la Constitución aparte e independiente de las personas que la interpretan nos parece una fantasía animista alejada de la realidad. Las normas constitucionales no son otra cosas que normas constitucionales, y no forman una unidad abstracta predeterminada que el intérprete estará obligado a conocer, si acaso es capaz. Dicho de otra manera, no es posible realizar un juicio de valoración (del tipo verdadero o falso) de una determinada interpretación constitucional, dado que no hay un “objeto de contraste”, como si lo hay, por ejemplo, en las ciencias naturales.

Por otro lado, la consagración de los principios y derechos constitucionales en forma abstracta y amplia tiene profundas raíces históricas y culturales, y reflejan además el común anhelo de determinados bienes. Cuando dichas aspiraciones y fines buscados se vuelcan dentro de una estructura jurídica, inevitablemente aparece la figura del conflicto, pues la existencia o primacía de algunos de ellos muchas veces amenazarán, perjudicará o afectará a otros.

En este sentido, la idea de un estado de cosas donde todos los bienes logran coexistir armónica y naturalmente, no solo es inalcanzable sino que puede ser conceptualmente incoherente, ya que resulta evidente que muchos bienes compiten recíprocamente y obligan a elecciones a favor de uno y en perjuicio de otros.

En este proceso de elección de los bienes que serán privilegiados, intervendrán muchos factores, incluyendo una alta dosis de emotividad y convicción subjetiva, frente a la cual los espacios para argumentar o debatir racionalmente son reducidos. El acto de elegir o preferir entre distintos bienes, asignándoles mayor o menor importancia, será estrictamente personal, y además, inmedible e incomparable.

Por ello, muchas veces obtendremos mejores resultados a nivel de persuasión por la vía de las imágenes, los relatos, u otros elementos que impliquen al mismo tiempo un factor emocional, que apelando a la racionalidad.

En otras palabras, que será parte de nuestra condición humana y social el enfrentarnos a situaciones donde será imposible satisfacer de igual modo distintos objetivos y bienes deseados, obligándonos a asumir costos y a actuar prefiriendo a algunos y postergando a otros.

Al saber que frente a esta situación es una constante de nuestra vida frente a la cual muchas veces no tenemos alternativas, debemos aceptar las consecuencias a que ella nos conduce, enfrentando la inevitabilidad del daño, legitimándolo y normativizándolo, y limitando nuestras expectativas de perfección y realización, tanto en el plano individual como social y jurídico.

Esta realidad no quiere decir que puedan abandonarse los esfuerzos por encontrar las soluciones donde los daños se minimicen y los múltiples objetivos puedan armonizarse, lo que demanda un esfuerzo y revisión constante. Pero en los casos en que la elección sea trágica, nos invita a actuar sin paralizarnos ante los daños cometidos, en el entendido de que el bien privilegiado es notoriamente más valioso, y que el daño es, de alguna manera, inevitable, necesario y legítimo.

En el ordenamiento jurídico, esta tensión puede observarse con especial claridad en materia constitucional, donde los derechos, al mismo tiempo que son declarados como universales, están organizados y consagrados por medio de enunciados que utilizan un lenguaje abierto, abstracto, genérico e indeterminado, que los hace susceptibles de una multiplicidad de interpretaciones y soluciones. Por ello, podrá sostenerse que las constituciones expresan principios y valores heterogéneos, a veces contradictorios, aunque siempre con aspiración a la plena validez.

El autor más representativo e influyente de la postura que afirma la inevitabilidad de los conflictos entre derechos es el alemán ALEXY, quien a lo largo de su obra propone una comprensión particularmente amplia y abierta a la conflictividad en aquellos de contenido constitucional.

Para este autor, los derechos fundamentales son principios generales y, como tales, siempre deben considerarse válidos a nivel abstracto. De esta manera, dentro del ámbito protegido de cada derecho estará todo aquello que se nos permite proteger invocándolo, lo que a su vez permite reforzar el objetivo político de resaltar su carácter “indisponible”, “inviolable” y, por qué no decirlo, “sagrado”.

Sin embargo, es importante considerar que esta amplia protección es sólo inicial o *prima facie*. Para asegurar la efectividad y protección efectiva de un derecho en un caso concreto (que son los que realmente importan al Derecho), deberá hacerse un análisis circunstanciado del mismo, apreciando cada elemento en su propio peso específico. Esta construcción le permite decir, de alguna manera, que el Derecho sigue existiendo, pero que dadas las particulares características que enfrenta en un caso dado, su ejercicio y protección no queda amparada por el Derecho.

Esta visión expansiva de los derechos y de su contenido pone el acento sobre un ideal liberal, donde cualquier restricción de la capacidad de actuar individual es puesta bajo sospecha y debe ser sólida y rigurosamente justificada. Asimismo, esta comprensión plantea la distinción entre la “validez” de los principios constitucionales (que será permanente y estará fuera de discusión) y la “aplicabilidad” de los mismos (que podrá variar de acuerdo a las particulares circunstancias de cada caso).

Pero ello supone pagar el precio de facilitar la inclusión de casi cualquier conducta dentro del ámbito de protección de los derechos fundamentales, legitimando, al menos *prima facie* (pero legitimando al fin) conductas como el gritar dentro de un hospital (libertad de expresión) o incumplir el contrato de trabajo durante una festividad religiosa (libertad de culto y derecho a elegir). La consecuencia natural de esta concepción es un significativo aumento de las colisiones y reclamos judiciales

de base ius fundamental y por tanto, un aumento de la imprecisión del derecho y de la inseguridad jurídica.

Desarrollaremos este punto con mayor atención en el apartado dedicado a la ponderación como técnica de interpretación constitucional.

A su vez, este modelo nos fuerza a implementar un mecanismo de solución de dichas controversias, existiendo un amplio consenso en que ello debe realizarse mediante la ponderación, la que puede ser aplicada en forma conjunta y complementaria con otros modelos y soluciones, como por ejemplo, la delimitación relativa de los derechos o su operatividad por vía indirecta en las relaciones particulares.

Dada que la visión dominante en el constitucionalismo contemporáneo es la conflictivista, todas las críticas desarrolladas en el capítulo sobre “críticas al neoconstitucionalismo” le resultan aplicables. Asimismo, la fundamentación de las posturas no conflictivistas son un cuestionamiento en bloque a esta posición. Entre las más importantes y recurrentes encontraremos el aumento de la inseguridad jurídica y del protagonismo y la arbitrariedad judicial, la desestabilización de las relaciones entre particulares, la falta de unidad que imprime al Derecho, la posibilidad de reducir excesivamente los derechos establecidos, entre otras.

Como hemos visto, muchas de las críticas al modelo conflictivista no vienen necesariamente de autores que niegan su existencia, sino sólo la forma en que ella ha sido abordada. Un ejemplo de ello es FERRAJOLI quien reconociendo la existencia de dichos conflictos plantea reiteradamente que una ampliación excesiva del término puede ser peligrosa y amenazante para la constitución y para seguridad de los derechos, impidiendo saber en la práctica cuál primará y cuál deberá ceder, alterando el objetivo de justicia que inspira al neoconstitucionalismo.

Pese a que a nivel mundial la doctrina mayoritaria postula la existencia de conflictos de derechos constitucionales como inevitables, también hay autores que los niegan, argumentando que las controversias presentadas en realidad no reflejan una verdadera colisión, sino sólo una aparente.

En estos casos, el problema de fondo estaría dado por una comprensión equivocada y aparente de los derechos, derivada de una incorrecta interpretación o delimitación de su contenido, que con un adecuado conocimiento de la norma y una adecuada técnica interpretativa se podría dilucidar.

De esta forma, al menos en el plano teórico, podrá decirse que si logramos determinar adecuadamente el contenido de cada derecho no se presentarán conflictos y no resultaría necesario exponer tanto a las personas como a las normas constitucionales a la subjetividad del juez, quien sólo deberá determinar cuál de las pretensiones de un conflicto se encuentra efectivamente protegida por el derecho y cuál no. Al mismo tiempo, la definición de los contornos de cada derecho permitiría orientar a los destinatarios sobre su alcance, aumentando la claridad y certeza del derecho, y de esa forma, su calidad, en concordancia con la unidad y armonía que deben caracterizar al ordenamiento jurídico.

Bajo esta comprensión puede también concluirse así que muchos de los conflictos constitucionales que diariamente se plantean, no son en realidad conflictos de derechos, sino de pretensiones o aspiraciones que pretenden y alegan un amparo constitucional o *ius* fundamental. Es decir, el trabajo judicial consistirá en determinar si lo que se alega cae dentro o fuera del contenido jurídico del derecho que se invoca.

HABERMAS, uno de los autores más relevantes e influyentes en cuanto a esta tesis negadora de conflictos, es categórico cuando señala que toda la problemática existente se deriva de una comprensión equivocada de la naturaleza de los derechos fundamentales y de las normas constitucionales.

Señala, asimismo, que entender a los derechos fundamentales como normas ideales que es conveniente realizar en la mayor medida posible (mandatos de optimización), desnaturaliza la esencia misma del derecho y de lo normativo, ofreciendo, a cambio, amplios espacios para la discrecionalidad y la inseguridad. En efecto, un sistema concebido sobre enunciados meramente orientativos o “mandatos de optimización” no solo carecería de contenido normativo, sino que abriría la puerta a un sistema de derechos fundamentales arbitrario, discrecional, ambiguo, incierto y lleno de inevitables contradicciones y conflictos.

Las tesis negadoras de la conflictividad entre derechos muchas veces se acompañan de un discurso meta-jurídico que hace referencia al carácter irreductible e inconmensurable de los bienes protegidos, o la unidad de dignidad humana. Estas razones impedirían el ejercicio de un derecho a costa de otro, llevando a muchos de sus defensores a rechazar tanto la ponderación como la jerarquización en materia de derechos.

En una postura más moderada, FERRAJOLI considera, a lo largo de su obra, que la problemática de la conflictividad entre los derechos ha sido excesivamente destacada por parte del constitucionalismo contemporáneo, debilitando el carácter normativo de la constitución y de los derechos, que parecen ser principalmente preceptos morales y políticos.

Para él, muchos casos presentados como conflictos no son otra cosa que lesiones de derechos, y buena parte de las confusiones o diferencias pueden resolverse adecuadamente recurriendo a la limitación y delimitación de los mismos. Sin embargo, reconoce que existen casos donde el conflicto será real, y que deberán resolverse por vía de la ponderación.

El atractivo de un modelo que plantee la inexistencia de los conflictos de naturaleza constitucional es evidente. Además, este se ve incrementado por las dificultades y críticas que se suelen plantear los métodos interpretativos propuestos por las tesis conflictivistas, especialmente a la ponderación.

Concebir las normas jurídicas bajo una lógica binaria, de fácil aplicación, comprensión y cumplimiento, limitando y facilitando significativamente la tarea del intérprete (básicamente, este deberá corroborar que se cumplen las condiciones para que ellas sean aplicadas o no al caso concreto), facilitando la paz social, la certeza de las obligaciones, y la estabilidad a todo nivel. Nadie podría desconocer que estas son anhelos universales para el derecho.

Mientras que la idea de un derecho coherente, informado por los mismos principios, que opera como sistema y donde las situaciones similares son resueltas de modo afín, favorece la materialización de estos objetivos, la presentación de los derechos fundamentales como normas fundamentales que generan situaciones incompatibles y contradictorias entre sí, resultaría ajeno a este planteamiento, y por lo mismo, a la consecución de tales objetivos.

La solución planteada es conceptualmente clara, estéticamente atractiva y bien organizada, y promete realizar en mayor medida los anhelos de totalidad, completitud, autosuficiencia, coherencia y racionalidad a que aspira el derecho. Sin embargo, ofrece serias dificultades prácticas.

De hecho, si bien esta coherencia del Derecho puede plantearse a nivel teórico, no se refleja en sede judicial, donde las diferencias entre los diversos intérpretes y actores darán lugar a numerosos conflictos de contenido ius fundamental, que deberán ser resueltos por un juez.

Por ello, hablar de conflictos verdaderos o aparentes no tiene sentido desde una mirada operativa.

Cualquiera que sea el modelo que utilicemos, siempre nos enfrentaremos a casos de conflicto donde las pretensiones en conflicto no podrán ser igualmente protegidas.

Un unitarista argumentará que gracias a este pequeño cambio en el planteamiento, el conflicto dejará de plantearse entre derechos constitucionales (principios, valores, derechos, etc.), para plantearse como lo que realmente es: una diferencia entre pretensiones jurídicas incompatibles. Pero lo único que se logra con este cambio es que el conflicto se radique en un paso lógico antes, lo que no nos parece un progreso significativo.

Además, si lo que se busca es evitar la entrega a los tribunales de un poder interpretativo mayor, la diferencia entre las necesidades de precisión que exige esta postura y el ejercicio ponderativo de las teorías conflictivistas tampoco parece relevante.

Salvo que este razonamiento nos lleve (y ello si parecerá importante como planteamiento) a la necesidad de volver a la ley a la hora de establecer, reglamentar y desarrollar los derechos. Esta propuesta puede abrir interesantes posibilidades, pero no las desarrollaremos en este trabajo.

Desde el punto de vista del objetivo de asegurar la justicia concreta a cada caso particular, puede criticarse al modelo unitario su dependencia a la elección e interpretación abstracta de la norma. Ello puede significar -y significará en muchos casos- un retroceso desde el punto de vista de los resultados y de la protección efectiva de los derechos fundamentales, aunque al mismo tiempo, un posible aumento de la certeza y una limitación de las capacidades discrecionales del juez.

Si el Derecho no entrega las herramientas para que todos entendamos lo mismo luego de leer una disposición, el Derecho será conflictivo. No puede sostenerse que el asunto deba ser resuelto por lo que dice la norma, el intérprete, o un valor extrajurídico relevante, porque el derecho surge de la interacción de todos ellos.

Además, podría percibirse de parte de los negadores del conflicto una desvalorización o falta de confianza en la capacidad del intérprete de adecuar sus fallos al derecho, lo que lo lleva a sobrevalorar compensatoriamente la norma, el texto, el objeto.

Sabemos que una de las mayores aspiraciones del Derecho es alcanzar unidad y coherencia, ofreciendo un sistema donde las normas son interdependientes y consistentes entre sí. Para que ello sea posible los intérpretes deberán hacer esfuerzos importantes para compatibilizar sus normas y valores, de modo que todos los enunciados que protejan bienes básicos e igualmente dignos de respeto y protección alcancen su máxima vigencia y no resulten contradictorios. Si lo recién dicho vale para todo el ordenamiento jurídico, en materia constitucional lo será especialmente, señalando para el intérprete un deber de armonización.

Este ideal de unidad y coherencia muchas veces se vincula con el de completitud del mismo, ofreciendo un sistema que ofrece todas las respuestas por sí mismo y debidamente ajustadas. De acuerdo a MORESO y a otros autores, ese sería el “noble sueño” de DWORKIN, y además un norte magnético que debe guiar nuestro actuar a la hora de definir criterios de calidad deseables de alcanzar⁶⁸³.

Sin embargo, después de contrastarla con la realidad, podemos decir que esta exigencia de perfección, completitud y autosuficiencia del sistema jurídico corresponde más bien a una “petición de principio” que a una descripción o propuesta, sobre todo en un esquema de derechos constitucionalizados. Pero este error, al menos, tiene la virtud de recordarnos la importancia de este ideal en el mundo del derecho, invitándonos a precisar jurídicamente los derechos en la mayor medida de lo posible, idealmente por vía legislativa (que estimamos constituye el principal aporte de esta crítica).

Por todo lo arriba señalado, nos parece que la crítica más seria que pueden hacerse a las posturas negadoras de conflictos es metodológica y a la vez práctica.

Metodológica, porque supone la existencia de un modelo del derecho autónomo, perfecto y racional, sin fisuras, contradicciones ni lagunas, pero del que los operadores jurídicos no forman parte, y que en la práctica se cubre de miles de aparentes conflictos y colisiones que tienen por causa equivocaciones y confusiones de los intérpretes.

La idea de un derecho cuya existencia se plantea más allá y con independencia del intérprete es un error conceptual significativo y una propuesta sin base en la realidad.

La crítica práctica nace de constatar que este planteamiento no elimina los problemas, sino que los transfiere a otra arena. Y lo que es peor, a una arena quizá más ardua, exigente y menos operativa que el mecanismo que critica.

⁶⁸³ Ernesto J. VIDAL GIL “*Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles*”. Tirant lo Blanche, Valencia, (1999), p. 47. José Juan MORESO (2000), ob. cit., nota 86, p. 111.

En suma, podemos concluir que el anhelo de dar completitud al Derecho no es plenamente realizable en una realidad que encierra infinitas posibilidades y lecturas, especialmente en el ámbito de los derechos.

Parece difícil construir una teoría de la interpretación constitucional alejada de la práctica y de la realidad, pues ello sería antes una ideología que una teoría, cuya finalidad real parece ser dirigir a los intérpretes hacia ciertos valores ideales preconcebidos y presentados como necesarios.

Tal como la teoría conflictivista requiere de una técnica especial para resolver los conflictos que plantea (la ponderación), para negar la existencia de conflictos es necesario conocer su verdadero contenido, lo que supone a su vez la utilización de algunas técnicas interpretativas adecuadas.

Las más relevantes son las que nos permiten delimitar su contenido, y las que establecen jerarquías entre los derechos. Ambas también pueden servir como auxiliares en algunos modelos de ponderación.

Por otro lado, hay modelos que permiten la “limitación” o “regulación” de los derechos por vía legislativa. En algunos casos, ello supone aceptar la conflictividad entre ellos y la necesidad de adaptar y limitar el ejercicio de los mismos en virtud de las necesidades sociales y por la garantizar un determinado contenido efectivo a otros derechos o bienes jurídicos significativos. Sin embargo, en ocasiones el trabajo legislativo sólo será de especificación y desarrollo de conceptos que en sede constitucional resultan del todo incompletos (por ejemplo, las reglas del debido proceso en la Constitución), o cuando la misma constitución encarga al legislador su desarrollo. En los dos casos señalados se podrá incluso decir que el trabajo legislativo realizado en este sentido será de naturaleza constitucional.

2.- La limitabilidad de los derechos fundamentales como un rasgo esencial de los mismos

Cualquier existencia autónoma requiere de elementos que lo identifiquen y diferencien de otros. Sin estos contornos, aunque a ratos sean difusos, los derechos tampoco tendrían una existencia clara, y no cabría más que imaginarlos como distintas gotas dentro de un mismo océano, o como un halo de luz, con un centro y núcleo que a medida que se abre va perdiendo poder y se confunde con el área iluminada por otros derechos⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ Esta última descripción puede ser interesante pues resalta el carácter sistémico de los derechos, que conecta a todos con todos en la protección de un objetivo común: la dignidad humana. De este modo, resulta imposible afectar sólo a uno de ellos sin afectar a otros, como si se tratase de entidades independientes (el medioambiente o la educación sin afectar el derecho a la vida, por ejemplo). Asimismo, concibe a los derechos como instrumentales, por lo que su vigencia y protección dependerá de la capacidad efectiva que ofrezcan para dar protección a la llamada dignidad humana.

Por otro lado, puede decirse que “un derecho ampara aquello que ampara y nada más”, por lo que aquella parte del derecho que resulta limitada no forma, en rigor, parte del mismo. Lorenzo MARTIN-RETORTILLO e Ignacio de OTTO (1988), ob. cit., nota 514, p. 151.

El concepto de Derecho no es comprensible sin el concepto de límite⁶⁸⁵. Ellos permiten definirlos, fijar sus contornos y alcances, haciéndolos compatibles con otros derechos o libertades, facilitando una estructura legal armónica que permita el adecuado desarrollo de la vida social⁶⁸⁶.

Por ello, no es posible hablar de derechos sin hablar de límites a los mismos, configurando un binomio indisoluble, que siempre debe ser comprendido y recordado como tal. En otras palabras, el concepto de Derecho podría cambiarse en todo momento por el de “derecho limitado”, permitiendo comprender de mejor manera que ambos elementos, más que opuestos o en pugna, son parte y fundamento “del orden político y de la paz social”⁶⁸⁷.

La pregunta por las limitaciones y regulaciones posibles a la libertad de expresión debe antes atender a las formas que ella puede tener que a la pregunta de si es o no es posible. Asimismo, la existencia de límites no se puede relacionar con la existencia o no de conflictos, pues dependerá de cómo ella sea realizada. Evidentemente, una adecuada delimitación y/o limitación de los derechos permitirá reducir la conflictividad constitucional.

Lo anterior nos obliga a responder a la pregunta de si concebimos a los derechos como entidades con o sin límites. Una u otra respuesta nos ofrecerá sistemas legales y soluciones jurídicas completamente diversas.

En el caso de que se sostenga que estos límites existen pero son difusos o controvertidos, deberemos responder si ellos pueden ser definidos por el intérprete. Si la respuesta fuera positiva, luego tendremos que determinar cuál será el intérprete llamado a esta tarea, bajo que reglas, criterios y mecanismos de control. En estos casos la tarea será sólo de interpretación o descubrimiento. Es decir, de delimitación, pero no de limitación.

La idea alternativa supone reconocer a alguna autoridad (típicamente el legislador) a restringir o limitar los derechos, de modo que su ejercicio resulte compatible y al mismo tiempo, se realicen los objetivos sociales y políticos que bajo determinadas circunstancias se privilegian.

En la práctica, distinguir entre unas y otras será difícil, sobre todo en aquellos casos en que las fronteras de los derechos son difusas, que es precisamente en los casos en que esta actividad debe realizarse. Por tanto, no será fácil saber cuándo la regulación es en realidad restrictiva, cuando invasiva, o cuando ni siquiera afecta al sentido del derecho protegido. La valoración de estas circunstancias quedará entregada al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, hay una diferencia relevante en cuanto a la técnica: mientras quienes busquen “delimitar” los derechos deberán remitirse a argumentos normativos y a

⁶⁸⁵ STC 2/1982, FJ 5; STC 20/1990, FJ 3; STC 105/1990, FJ 3; y STC 181/1990, FJ 3.

⁶⁸⁶ Conviene recordar que las constituciones modernas suponen un “orden objetivo de valores”, por lo que todas las normas, derechos, libertades, así como sus limitaciones y delimitaciones, deben realizarse atendiendo su recíproca compatibilidad e integración. Ello permitirá dar una protección óptima a los derechos fundamentales, asegurando su máxima vigencia a nivel global, más allá de sus reales o aparentes colisiones.

⁶⁸⁷ STC 159/1986, FJ 6.

criterios jurídicos generales (incluyendo doctrina, historia, etc.), en la labor de limitación los criterios utilizados podrán ser de cualquier tipo, privilegiándose aquellos propios de política y de obtención de resultados. Esta última técnica es la típicamente utilizada por el legislador.

Al mismo tiempo, ello permite distinguir entre elementos externos e internos para realizar esta definición de los contornos de cada derecho.

2.1.- Límites internos, límites externos y limitación por explicitación del contenido esencial de los derechos fundamentales

Quienes plantean la posibilidad y necesidad de determinar los contornos o límites de un derecho señalan dos vías para hacerlo⁶⁸⁸.

La primera de ellas se remite a la observación de los límites asociados a la propia naturaleza del derecho, tengan o no reflejo normativo, a los cuales llamamos “límites internos”, “delimitaciones” o “contornos” y nos permiten conocer su naturaleza y contenido protegido. Por tanto, más que límites constituyen su forma.

Como hemos ya adelantado, los límites propios de cada derecho (internos) estarán dados por su propia naturaleza e identidad y nos hablarán de su propio perfil⁶⁸⁹ y objetivos en el sistema constitucional. Estos límites nos permitirán distinguir un derecho de otro⁶⁹⁰, ofreciendo “un haz de facultades, garantías y poderes (...) sobre los que operará luego el legislador con cierto margen de arbitrio”⁶⁹¹.

La tarea de fijar este límite quedará ciertamente entregada a los intérpretes, y emparentará inevitablemente a este criterio con el concepto de contenido esencial, al que nos referiremos más adelante⁶⁹².

Por otro lado, la limitación externa será dada por la propia normativa, atendiendo a consideraciones de cualquier especie (costo-beneficio, prioridades políticas, necesidades de compatibilización de un derecho con otros, etc.), y como acabamos de señalar, será típicamente utilizada por la autoridad con capacidad normativa.

Esta forma de limitación, o la única limitación propiamente tal, buscan alcanzar un estado de cosas óptimo, donde todos los derechos sean compatibles, y donde la

⁶⁸⁸ Ver Ignacio de OTTO (1988), ob. cit., nota 564, p. 137 y ss.

⁶⁸⁹ STC 5/1981, FJ 7; y STC 11/1981, FJ 7. Todos los derechos fundamentales tienen límites necesarios, derivados de su propia naturaleza, a los que hay que sumar los señalados por el Constituyente con el objeto de alcanzar algún objetivo específico.

⁶⁹⁰ Manuel MEDINA GUERRERO, *“La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales”*, McGraw-Hill, Madrid (1996), p. 15.

STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, acepta que en algunas ocasiones puede haber un criterio unívoco, en los cuales la opción política del legislador no cabe (todos citados por Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 304).

⁶⁹¹ Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 372.

⁶⁹² Puede plantearse la pregunta de si pueden limitarse por la vía de disposiciones infraconstitucionales, o no consagrados directa o expresamente por la Constitución, o si ellos sólo pueden ser externos. Ver Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 54 (especialmente cita 126). Nosotros asumimos la propuesta de GUAISTINI de la existencia potencial de normas constitucionales implícitas (Riccardo GUAISTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 33 y ss.).

importancia y especial peso de algunos de ellos en un caso particular exija a otros reducir o limitar su vigencia. Nos detendremos sobre este aspecto más adelante.

El concepto de límite está estrechamente vinculado al de desarrollo de los derechos, siendo ambos necesarios para su operatividad. Sin embargo, los primeros reciben una connotación generalmente negativa, mientras que a los segundos, una positiva.

Sin embargo, resulta difícil trazar una línea diferenciadora clara entre ambos conceptos. VIVES ANTÓN aclara este punto cuando sostiene que “desarrollar es concretar el concepto abstracto del derecho”, por lo que “vale tanto como añadir nuevas notas a las que lo perfilan en la norma constitucional, y por consiguiente, aumentar su comprensión (o *denotatum*) y reducir su extensión (o *designatum*)”⁶⁹³, lo que vuelve sinónimos a ambos conceptos⁶⁹⁴.

La estructura interna que asignemos a los derechos fundamentales será crucial para determinar las posibilidades y requisitos de su limitabilidad.

Lamentablemente, la estructura y naturaleza de los derechos ha sido uno de los asuntos menos tratados en el campo constitucional, ausencia que resulta difícil de perdonar si consideramos que de su desarrollo dependerá la comprensión, y quizá la solución, de muchas de las contradicciones, disputas y situaciones aparentemente sin respuesta que nos muestran las constituciones contemporáneas⁶⁹⁵.

2.1.1.- Limitación interna o natural

La limitación interna de los derechos no sólo constituye una posibilidad interpretativa, sino que puede tener la forma de una ideología o teoría de los derechos fundamentales. Bajo esta comprensión, se supone que las normas que enuncian los derechos son completas y suficientes, y que el ordenamiento jurídico ofrece todas las herramientas necesarias para descubrir y delimitar su contenido, pues los derechos nacen ajustados⁶⁹⁶.

En esta tarea, se podrán utilizar todos los mecanismos de interpretación conocidos, entre los que están la interpretación armónica, unitaria y sistemática del

⁶⁹³ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, “*Ley y Derechos Fundamentales (acerca del principio de legalidad en materia penal)*”, (1995), en “*Constitución y Derecho Público: Estudios en Homenaje a Santiago Varela*”, Tirant lo Blanch (1995), pp. 503-516. Ver, en el mismo sentido el voto particular del Magistrado DIAZ EIMIL STC 140/1986.

⁶⁹⁴ Las normas sobre derechos fundamentales y sus limitaciones, tienen el mismo propósito de contribuir a la construcción de una sociedad más justa, más respetuosa de la dignidad humana, que favorezca el bien común y el desarrollo individual en este, etc. Y ambos juegan en un sistema de balanzas y contrapesos para lograr un óptimo resultado de eficiencia, armonía y máxima protección (STC 159/1986 FJ6) (ver también STC 51/1989, FJ2; y STC 1990/1992, FJ 5).

⁶⁹⁵ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), ob. cit., nota 144, p 587.

⁶⁹⁶ Pedro SERNA y Fernando TOLLER (2000), ob. cit., nota 105, p. 97. Ver también Juan CIANCIARDO (2000), ob. cit., nota 93, pp. 246 y 247.

ordenamiento jurídico, las finalidades buscadas por los bienes y derechos protegidos⁶⁹⁷, en incluso la ponderación.

Uno de los argumentos más poderosos en favor de la tesis de la limitación natural de los derechos fundamentales es de naturaleza práctica y operativa.

Tal como hemos señalado, si fuera posible definir una delimitación natural que permita a los derechos quedar recíprocamente armonizados, sería poco probable que existan conflictos o colisiones entre derechos⁶⁹⁸. Y en los casos que existieran, serían más reducidos.

Bajo este planteamiento, muchos de los conflictos serán sólo conflictos aparentes, pues no reflejarán diferencias entre derechos sino sólo intereses o anhelos incompatibles, amparados en una argumentación o pretensión de protección constitucional inadecuada.

Una vez que el verdadero contenido protegido sea conocido, podrá observarse que una de las posturas planteadas no se ampara realmente en un derecho, por lo que no merecerá protección. De esta forma, quedará demostrado que los derechos nunca estuvieron en colisión, lo que impide sostener que un derecho ha sido postergado o dañado por otro.

Para demostrar la necesidad y conveniencia de esta práctica se suele utilizar el reiterado ejemplo de la persona que intenta hacer política en un regimiento o gritar dentro de un hospital⁶⁹⁹, que claramente no estarán cubiertas por la garantía de la libertad de expresión y que, por lo mismo, no plantean conflicto alguno ni pueden compararse con otras claramente protegidas, como la información sobre asuntos de interés público. En este último caso, si las expresiones afectan a la privacidad o al honor de una persona con responsabilidades políticas de relevancia dentro del aparato del Estado, tampoco deberá hablarse de un conflicto, pues el derecho a la honra o a la privacidad de la persona afectada no cubre los mismos espacios que el de una persona privada, por mucho que ello frustre sus propios intereses.

Para que esta propuesta sea efectiva, la delimitación de los contenidos de cada derecho deberá ser estructural y alejada de las valoraciones *ad casum* (aunque ellas pueden ser utilizadas como una herramienta auxiliar para descubrir el contenido protegido). Idealmente, la definición de contornos debiera poder ser hecha de

⁶⁹⁷ Se puede delimitar el contenido interno del derecho atendiendo a sus objetivos (teleológicamente). Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 25.

⁶⁹⁸ Ignacio DE OTTO (1988), ob. cit., nota 564, p. 137-141; y Pedro SERNA y Fernando TOLLER (2000), ob. cit., nota 105, pp. 65-66.

⁶⁹⁹ Seguimos en este punto el ejemplo señalado por el caso *Schenk v. United States* (1919), que señala que la primera enmienda no permitía gritar “fuego” en un teatro lleno de gente. De acuerdo con la STC 2/1982, FJ 5, luego de señalar que no existen derechos ilimitados, señala que “...el derecho a reunirse no comprende conceptualmente el derecho a ejercer coacciones sobre los demás: tal coacción no forma parte del derecho a reunión, y penalizarla no es, en consecuencia, limitar este derecho”. Lo mismo dijo el Tribunal Constitucional respecto a la negativa a realizar una reunión del sindicato de policías en horas y lugares de trabajo en la STC 91/1983). Igual cosa podría referirse a la limitación de la poligamia o a la libertad de culto cuando esta implique, por ejemplos, sacrificios de animales sin las medidas sanitarias adecuadas o ritos de consumo de drogas.

antemano, en forma abstracta y general, determinando el alcance y posibilidades del derecho en forma permanente.

Asimismo, los principios siempre deben ser confrontables con *defeaters* o excusas que permitan su pérdida de vigencia concreta, por lo que puede decirse que ellos ya están presentes en ellos, muchas veces en forma implícita (pues la norma no puede contener las múltiples circunstancias y situaciones que ellos suponen)⁷⁰⁰.

Más allá de las posibilidades de la delimitación interna de dar completa respuesta a la conflictividad entre derechos, este ejercicio permitirá a los intérpretes completar el derecho descubriendo y precisando lo que ya existe, aportando luz y claridad sobre un objeto ya definido⁷⁰¹. Es decir, no mediante un acto de creación normativa.

La delimitación es un acto de descubrimiento que encuentra sus fuentes en el propio ordenamiento jurídico, por lo que deberá ceñir su operatividad a criterios normativos y a los elementos que se encuentran en el Derecho. Por el contrario, las limitaciones impuestas externamente podrán tener en cuenta razones de diverso tipo (políticas, resultados, etc.), lo que si bien incorpora elementos de inestabilidad en el derecho ofrece mayores recursos.

Uno de los puntos críticos de esta postura es su condición ideal, cuando al final del día su legitimidad estará igualmente dada por una validación operativa. Es decir, sólo sabremos si el criterio de solución por ella planteado es correcto cuando hayamos completado la tarea de definir o explicitar los límites de todos los derechos en forma exitosa y colectivamente aceptada, lo cual, hasta ahora, no sabemos que haya sucedido, al menos en forma cabal.

MARTÍNEZ ZORRILLA sostiene que el que los derechos sean potencialmente delimitables “no significa que (los derechos correctamente delimitados) tengan que encajar perfectamente, como las piezas de un puzle”⁷⁰² Por ello, señala que constituye un gran error “considerar que contamos a priori con derechos delimitados y compatibles”⁷⁰³.

Sin embargo, ello no significa que los esfuerzos realizados por delimitar el contenido de un derecho en base a su naturaleza y de acuerdo a las herramientas y recursos que ofrece el propio ordenamiento, sean inútiles, pues nos permitirán dar muchos pasos adelante en el objetivo de disminuir la indeterminación del derecho y la conflictividad originada en una inadecuada o insuficiente comprensión del

⁷⁰⁰ Se sigue así, por ejemplo, un modelo similar al del Derecho Penal, lo que constituye otra ventaja: simplicidad y adherencia a modelos ya existentes y previamente desarrollados, probados y sucesivamente corregidos, o en el derecho privado con elementos correctivos generales como los vicios de la voluntad en la formación del consentimiento.

⁷⁰¹ Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 327. Por ello, creemos que el autor utiliza la expresión “imaginar” en un sentido genérico, cuando dice que: “Inventar criterios de delimitación de derechos es imprescindible para salvar la distancia entre el significado abstracto de los derechos y sus exigencias en concreto”.

⁷⁰² David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 191.

⁷⁰³ Ibid., p. 201.

mismo⁷⁰⁴. Las limitaciones de la delimitación, o de cualquier otra técnica, no parecen una razón para descartarla de plano⁷⁰⁵.

Comparando la técnica de la limitación interna con la externa, BERNAL PULIDO señala que puede verse una competencia entre métodos: proporcionalidad vs averiguación⁷⁰⁶.

Pero advierte que, más allá de la disputa, en la mayoría de los casos el resultado al que se llegará será el mismo⁷⁰⁷. Así las cosas, lo realmente relevante será determinar cuál de ellos ofrece más garantías y es más racional.

De acuerdo al mismo autor, en una interpretación que compartimos, el método planteado por la teoría interna de la limitación puede ser criticado por aportar una claridad más aparente que real, asociado a una fe excesiva en los métodos tradicionales y a la posibilidad de conocer “la” solución correcta y única. En cambio la ponderación encara al problema como se plantea, y asumiendo sus dificultades, queda abierto a perfeccionamientos y mejores caminos de implementación.

En efecto, para desarrollar una teoría de derechos limitados en su contenido verdadero debemos entenderlos como entidades aisladas, con existencia casi física y, en todo caso, posible de conocer⁷⁰⁸, resolviendo el problema en un solo paso (conocer, descubrir o delimitar). BERNAL PULIDO acusa que ello genera un problema de “déficit de fundamentación”⁷⁰⁹, que al final del día otorga más poder al Tribunal Constitucional que la ponderación⁷¹⁰.

En cambio, la teoría externa y la “ponderación”, con su completo análisis de efectos asociados al caso concreto, ofrecerían una “ganancia en racionalidad que no debe ser minusvalorada”⁷¹¹.

Por todo ello, creemos que la principal utilidad de la idea de la limitación interna de los derechos es limitar las teorías expansionistas, que pueden considerar a cualquier actividad como protegida por el Derecho, así como los intentos de

⁷⁰⁴ Cabe señalar en este punto que la delimitación es una técnica que si bien se asocia a los esfuerzos de armonización completa del derecho y de negación de conflictos, no es exclusiva de estos, pudiéndose concebir un modelo mixto donde tanto la ponderación como la delimitación tengan lugar.

⁷⁰⁵ Aclara DE DOMINGO que esta tarea de delimitación no lleva a resultados inequívoco. La delimitación “constituye una operación en que a la luz de los casos concretos, y respetando el texto constitucional, el intérprete debe indagar qué conductas constituyen el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, lo que en gran medida exige un esfuerzo por comprender los perfiles del bien jurídico protegido por cada derecho fundamental. Por lo tanto, se trata de una labor en la que la prudencia y la razón práctica desempeñan un papel crucial”. Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, pp. 128-129.

La diferencia de este planteamiento con el particularismo y el escepticismo es que por esta vía se pone el acento en la posibilidad de establecer estas limitaciones o precisiones, aunque ello no pueda ser realizado en forma perfecta.

⁷⁰⁶ Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 289 y ss.

⁷⁰⁷ Ibid., p. 313 (refiriéndonos a Ignacio DE OTTO).

⁷⁰⁸ Ibid., p. 316.

⁷⁰⁹ Ibid., p. 314.

⁷¹⁰ Ibid., p. 315.

⁷¹¹ Ibid., p. 316.

desplazar las propias fuentes normativas a la hora de señalar los contornos de cada derecho, pues ello podría ofrecer al intérprete, especialmente al legislador y a las oscilantes mayorías que lo integran, una gran capacidad de afectación de los derechos constitucionales.

No nos parece que por sí solo este modelo pueda hacerse cargo de resolver toda la problemática de conflictos de origen constitucional. Aunque tampoco puede negarse que ofrece una herramienta útil para avanzar en este sentido, que deberá complementarse con otras técnicas.

2.1.2.- Limitación externa de los derechos fundamentales

Otra posibilidad de clarificar el contenido protegido de los derechos es la de establecer los límites de los mismos en forma externa⁷¹².

Para ello, no atenderemos a la propia naturaleza del Derecho, manifestada normativamente, sino a otras razones, como la necesidad de alcanzar algún objetivo de conveniencia pública, proteger otros bienes o derechos relevantes, o sencillamente dar desarrollo y precisión a cada derecho⁷¹³, entendiendo que ellos no son ilimitados y que en ausencia de pistas claras para determinar su naturaleza y contenido⁷¹⁴.

Normalmente las restricciones a los derechos fundamentales provienen del interés de dos o más personas de gozarlo en forma simultánea, y de la tensión entre ellos mismos o entre ellos y otros elementos protegidos constitucionalmente (bienes, principios, etc), que deben ser resueltos caso a caso por medio de la ponderación o de la concordancia práctica⁷¹⁵.

Este trabajo de limitación o determinación externa de contenidos corresponderá principalmente a los tribunales y al legislador, aunque se han señalado buenas razones para privilegiar al segundo. Entre ellas está el carácter general y permanente de sus decisiones (normas legales) y la mayor representatividad y legitimidad democrática que ofrece, sobretodo en un análisis que será en buena medida de carácter político⁷¹⁶.

⁷¹² Los límites de un derecho sólo pueden plantearse en un esquema donde se han reconocido a otras personas la protección de otros derechos, es decir, un contexto jurídico social.

⁷¹³ ALEXY señala que estas limitaciones nacen de la necesidad de compatibilizar los distintos intereses y bienes en juego. Robert ALEXY (2002), ob. cit., nota 384, p. 268.

⁷¹⁴ STC 168/86, FJ 3, señala que “el conflicto entre ambos derechos fundamentales no puede resolverse otorgando prevalencia al proclamado en el artículo 18.1 de la Constitución, sino que se impone siempre una ponderación entre uno y otro, sin olvidar que en esa ponderación el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre”. En un sentido similar, STC 91/1983, FJ 3, STC 156/1986, FJ 3; STC 199/1987, FJ 12; STC 121/1989, FJ 2; STC 143/1991, FJ 2; STC 15/1993, FJ 1; STC 78/1995, FJ 2; y STC 204/1997, FJ 2.

⁷¹⁵ José Luis GARCIA GUERRERO, “Una Visión de la Libertad de Comunicación desde la Perspectiva de las Diferencias entre la Libertad de Expresión, en Sentido Estricto, y la Libertad de Información”, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, No. 20 (2007), p. 377.

⁷¹⁶ Las leyes que lo hagan deben cumplir con los requisitos de “determinación” y “especificidad”.

Esta técnica es seguida y aceptada por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia española⁷¹⁷, aunque en muchos casos será una forma de creación normativa más que de interpretación.

Sin embargo, algunos autores, e incluso el propio Tribunal Constitucional, han señalado que regular, desarrollar y limitar un derecho son en cierta medida lo mismo, pues obedecen a las mismas necesidades y facultades, y pueden tener un mismo objeto, llegando a confundirse. Por ello, los mandatos constitucionales dirigidos a que sea el legislador sea quien determine el contenido de un derecho pueden considerarse como parte de la necesidad de explicitar a los mismos, y no como una limitación, siempre que respeten el contenido ya fijado por la propia carta fundamental⁷¹⁸.

Es importante distinguir entre límites y lesiones, pues las segundas serán siempre ilegítimas⁷¹⁹, y suponen haber logrado definir previamente el contenido del derecho. Asimismo, se debe distinguir entre límites y delimitaciones, pues las segundas serán más bien precisiones de pretensión objetivas relativas a la naturaleza de los derechos. Por ello, algunos autores han llamado la atención sobre la inconveniencia de utilizar el concepto de límite para esta tarea⁷²⁰.

Tal como hemos señalado en la sección anterior, los límites externos permiten un actuar más activo y flexible, por no verse constreñidos por la lógica y materialidad de los textos jurídicos. Sin embargo, esta mayor capacidad operativa debe ser observada y utilizada con cuidado, y atendiendo a los demás elementos interpretativos y prudenciales (límites internos, contenido esencial, ponderación, unidad del ordenamiento jurídicos y sus objetivos, entre otros) para no abrir la puerta a la discrecionalidad judicial o a la justificación de cualquier tipo de medida restrictiva o limitativa.

La técnica de la limitación externa no es incompatible con la delimitación realizada sobre la base de elementos internos o intrínsecos. El Tribunal Constitucional ha sido claro en este sentido al señalar que “la Constitución establece por si misma los

⁷¹⁷ A modo ejemplar, STC 11/1981, FJ 7; STC 22/1981, FJ 9; STC 3/1983, FJ 4; y STC 66/1991, FJ2.

⁷¹⁸ Desarrollar es limitar: “Si desarrollar es concretar el concepto abstracto del derecho, entonces vale tanto como añadir nuevas notas a las que lo perfilan en la norma constitucional, y por consiguiente, aumentar su comprensión (o denotatum) y reducir su extensión (o designatum), o sea, ponerle límites“. Tomás Salvador VIVES ANTÓN (1995), ob. cit., nota 693, p. 375.

Por eso confusión entre leyes limitativas y leyes de desarrollo (ver voto particular Magistrado DIAZ en la STC 140/1986).

Paradoja de los derechos fundamentales: nacen de su resistencia al legislador pero requieren de su acción para ser efectivos.

VIVES ANTÓN rechaza la ponderación como método de resolución de conflictos constitucionales, pues señala que la CE ha entregado ellos a la ley (al legislador) en forma exclusiva. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 430, citando Tomás Salvador VIVES ANTÓN, “*La Libertad como Pretexto*”, Tirant lo Blanch, Valencia (1995), pp. 367-371. Lo contrario permitiría tener una constitución implícita, entregada a los tribunales.

⁷¹⁹ Alguna jurisprudencia ha confundido ambos conceptos (STC 105/1983, FJ 11).

⁷²⁰ El verdadero límite material del derecho es el impuesto al legislador. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, pp. 411-412, citando a Tomás Salvador VIVES ANTÓN, “*Sentido y Límites de la Libertad de Expresión*”, en “*La Libertad como Pretexto*”, Tirant lo Blanch, Valencia (1995), pp. 367-371.

límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras situaciones el límite del derecho deriva de la Constitución, sólo de una manera mediata e indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos⁷²¹.

La intervención del legislador podrá tener muchos sentidos. Por ejemplo, podrá buscar la precisión del contenido de los derechos, sin las cuales resulta imposible hacerlos operativos. Podrá definir y limitar la forma de ejercer y de protegerlos (muchas veces siguiendo un mandato constitucional). O también establecer los recursos procesales y materiales que se ofrecerán para su garantía (pudiéndose establecer diferentes niveles de garantía al amparo de una misma Constitución, lo que tendrá relación con las ideas políticas, momentos históricos, disponibilidad de recursos, etc.). Analizaremos algunas de estas situaciones.

El desarrollo realizado por vía legislativa puede entenderse como explicitación y desarrollo de un derecho concreto y dado, o como articulación positiva de una directriz o idea general (mandato de optimización) que no está definido y que sólo por la vía legal alcanza su pleno reconocimiento y existencia; o como la capacidad constitucional del legislador de restringir ciertos derechos constitucionalmente establecidos, en atención a las circunstancias imperantes (interés público, incompatibilidad con otros derechos).

En el primer caso, la delimitación realizada por el legislador no es más que exteriorizar y explicitar el contenido constitucional y todas las implicancias a él vinculado, mediante un desarrollo mayor y más pormenorizado, democráticamente generado, permitiéndonos saber en forma más detallada y perfecta cuándo una determinada pretensión o alegación tiene o no vinculación con el derecho invocado⁷²².

Esta tarea será fundamental frente a algunos derechos, como por ejemplo el de sufragio, réplica y la tutela judicial efectiva o debido proceso, entre otros, sólo pueden ser ejercidos si una legislación los estructura y les da desarrollo. Por ello, esta técnica permite regular el ejercicio de los mismos, organizando los recursos estatales para maximizar un adecuado nivel de cumplimiento y respeto a otros derechos fundamentales y al resto de los objetivos sociales⁷²³.

⁷²¹ STC 11/1981, FJ 7, que validó lo señalado por un DL de 1977 respecto a la “huelga de celo” (esta consiste en realizar las actividades laborales con tal apego al reglamento, que la labor se vuelve ineficiente o caótica). En el mismo sentido se han pronunciado las STC 2/1982; STC 196/1987; y la STC 57/1994.

⁷²² Luis AGUIAR (1983), ob. cit., nota 193, pp. 17-18. Podemos ver la permanente y constante exigencia jurisprudencial en cuanto a que para permitir la afectación de la intimidad por razón de la libertad de expresión, se exija al mismo tiempo la relevancia de la información y su veracidad. Ambos requisitos son para el Tribunal Constitucional copulativos y del mismo valor, pero sólo la primera esta mencionada por el art 20.1.d de la CE (STC 200/1998, FJ 4).

⁷²³ RUBIO LLORENTE ha señalado que la verdadera función del recurso de amparo (una de las principales herramientas del Tribunal Constitucional español) es “la de servir de instrumento para precisar, definir y, en cuanto sea necesario, redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales”.

Una situación diferente es la facultad del legislador para aclarar, definir y precisar derechos constitucionales, asumiendo que ellos han sido expresados constitucionalmente mediante fórmulas genéricas, que mandatan a los órganos del Estado para crear y generar las condiciones para el respeto y goce de los derechos. Pero esta tarea no debiera ser creativa, sino sólo de desarrollo, pues sin los enunciados constitucionales carecen de un núcleo material sólido, al final del día seguirán entregados a la determinación y voluntad libre de la mayoría política, dejando de cumplir con su función de límites al poder⁷²⁴.

Por otro lado, la acción legislativa puede partir de la base de que los derechos no son absolutos y por lo tanto, pueden ser limitados por razones justificadas⁷²⁵.

En la tarea de limitar, el legislador gozará de amplios márgenes de discrecionalidad y numerosas posibilidades “constitucionalmente posibles”⁷²⁶, aunque deben respetar los márgenes señalados por la propia norma fundamental, tanto en materia procesal (plazos, quórum, etc.) como material (respeto al contenido esencial, respeto a los derechos de los demás, armonía de las normas constitucionales, técnica de la ponderación, reserva de ley, etc.).

Más allá de estas exigencias, su legítima determinación corresponderá al debate político propio de cualquier estado democrático, y a las circunstancias y prioridades que sean atendidas para realizarla. Por lo mismo, estas regulaciones serán dinámicas y cualquier cambio de circunstancias o de criterios podrá recomendar un cambio en el contenido de las normas de desarrollo.

Esta tarea desarrolladora/limitadora, también estará sujeta a reglas, o al menos, a márgenes, los que serán determinados y controlados por el Tribunal Constitucional. En esta tarea, este Tribunal muestra su claro rol político, más no legislativo, ya que su acción sólo puede señalar aquellas opciones que se encuentran fuera de lo constitucionalmente posible.

Sin embargo, los criterios que utilice el Tribunal Constitucional en esta tarea no son rígidos ni objetivos, y estarán marcados por las ideas y conceptos de justicia de sus propios integrantes, así como de las circunstancias culturales e históricas en que realicen su actuar. Dado que esta facultad le da al Tribunal Constitucional un enorme poder, se ha señalado como una de sus principales obligaciones la de *self restraint* o autocontención, ya que de otro modo limitaría las posibilidades del debate político, provocando un serio daño al modelo democrático⁷²⁷.

⁷²⁴ Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 55.

⁷²⁵ En este caso, el ejemplo recién mencionado del hospital o del regimiento sigue valiendo, pero se parte del supuesto de que en ellos las personas que gritaban o hacían política en realidad ejercían legítimamente su derecho a expresión. Dado que la situación resultante de dicho ejercicio es insostenible, no queda más remedio que limitar y reglamentar el ejercicio de los mismos por vía legislativa. La misma situación pueda darse en situaciones de excepción constitucional, como por ejemplo, una guerra. En ella, podría autorizarse la restricción de las comunicaciones privadas, fundado en razones de seguridad nacional, bien común, u otras.

⁷²⁶ Recordando la expresión de que la Constitución permite la existencia de muchos mundos “constitucionalmente posibles”. José Juan MORESO (1998), ob. cit., nota 392.

⁷²⁷ Por ello, los límites de los derechos, la posibilidad y pertinencia de su adopción, y las facultades del Tribunal Constitucional para intervenir como límite al proceso legislativo deben ser

Lesión habrá cuando por vías de hecho o por vías jurídicas no validadas legalmente (es decir, por ejemplo, que no cumplan con lo recién señalado) se restrinjan los derechos en su esencia (en este caso, la facultad de comunicar productos intelectuales)⁷²⁸.

Finalmente, es necesario considerar que los límites también son limitados, por lo que admiten excepciones y ejercicios de ponderación que los ajusten a las necesidades de justicia y al objetivo final de dotar de la máxima cobertura posible a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha señalado que la “(...) la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable, a la eficacia y a la esencia de tales derechos”⁷²⁹.

Incluso, veremos que muchas “limitaciones” o regulaciones permitirán, en la práctica, un mayor goce y disfrute de esta libertad. Como bien lo ha señalado FISS, en su clásico ensayo sobre la libertad de expresión, imponer turnos en una sala donde todos quieren hablar constituye una limitación pero permite que todos hablen y que todas las voces sean escuchadas (lo que justificaría, por ejemplo, restricciones a la propaganda política, entre otros muchos ejemplos)⁷³⁰. En estas circunstancias, la restricción en el uso del tiempo y un sistema de turnos podría ir en beneficio de la libertad de expresión, o incluso ser una exigencia del mismo⁷³¹.

2.1.3.- Limitación por explicitación del contenido esencial de los derechos fundamentales

El contenido esencial es un concepto interpretativo que ha tenido un fuerte desarrollo e impulso en los últimos años, llegando a constituir una de las garantías más relevantes y características del constitucionalismo moderno. En virtud de su invocación, se reducen significativamente los márgenes de discrecionalidad de los actores políticos, especialmente de jueces y legisladores, por lo que puede ser considerado también como una limitación a la libertad y autonomía del parlamento, y por ello, una restricción a las facultades normativas de la mayoría, poniendo el énfasis de la democracia antes en el respeto de los derechos fundamentales que en el seguimiento de la norma de la mayoría.

entendidos e interpretados en forma restrictiva. STC 159/1986, FJ 6; STC 20/1990, FJ 4; y STC 105/1990, FJ 3.

⁷²⁸ STC 62/1982 FJ 3.b y FJ 5.

⁷²⁹ STC 159/1986, FJ 6; STC 51/1989, FJ 2; STC 20/1990, FJ 4; STC 136/1994, FJ 2; Y STC 42/1995, FJ 2.

⁷³⁰ Según este mismo autor, ello reflejaría una visión más institucional (democrática la llama él) de la libertad de expresión, versus una más individualista o liberal, más fundada en su carácter de derecho o garantía personal. Owen FISS, “*Irony of Free Speech*”, Harvard University Press (1998), p. 17.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 3.

De esta forma, constituye una de los mayores refuerzos estructurales establecidos buscando la protección de los derechos fundamentales y su resistencia a la limitación, estableciendo un núcleo infranqueable⁷³².

Su importancia ha sido reflejada y profundizada por la vía de su mención expresa mención en numerosos textos constitucionales, como por ejemplo la Constitución⁷³³, la Ley Fundamental de Bonn⁷³⁴ y la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea⁷³⁵, entre muchas otras⁷³⁶. Para muchos autores constituye

⁷³² El concepto de contenido esencial es un concepto operativo de cara al legislador. Son los límites los que dan al derecho su perfil operativo. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, pp. 379 y 403.

⁷³³ El artículo 53.1 de la CE señala que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos o libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a”.

⁷³⁴ El artículo 19.2 señala que “cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho Fundamental pueda ser limitado por ley o en virtud de una ley, esta deberá tener carácter general y no ser aplicable al caso concreto. Además, la ley deberá citar el derecho fundamental (...) en ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental”.

⁷³⁵ Esta carta entró en vigor el 1 de febrero del 2009 como parte del Tratado de la Unión Europea. Su artículo 52.1 dispone que “cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente carta, deberá ser establecida por ley respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto al principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Vale la pena detenerse en algunos de los elementos que configuran esta declaración normativa, que partiendo del texto alemán, luego afirma que los derechos son “reconocidos” y no establecidos, haciendo un importante guiño a las tesis que proclaman la pre existencia de los derechos frente al Estado. En segundo lugar, condiciona la limitación de los derechos a la intervención del legislador como único actor. Finalmente, combina las técnicas interpretativas del “contenido esencial” y de la proporcionalidad, mostrando también su reconocimiento a la vertiente institucional no subjetiva de los derechos fundamentales. Araceli MANGAS (2008), ob. cit., nota 80, p.828.

Araceli MANGAS. Señala que una de las cuatro disposiciones generales u horizontales de la Carta Europea pretende asegurar la aplicación del contenido esencial de los derechos reconocidos ante la eventualidad de límites razonables a su ejercicio, y que se ha omitido la referencia a límites y condiciones en su redacción, para que fuera mejor comprendido y garantizado. Pero obviamente las restricciones pueden existir por la vía de la proporcionalidad. *Íbid.*, p.834.

Haciendo referencia en este último punto a la sentencia del tribunal de justicia de la comunidad europea de 14 de mayo de 1974, Nold 4/73).

⁷³⁶ A modo de ejemplo, la Constitución chilena señala en su artículo 19 N° 26, que todas las personas tendrán garantizada “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Por su parte, el artículo 29, letra a), de la Convención Americana dispone que ninguna de sus disposiciones puede interpretarse en el sentido de permitir que se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

“un pilar básico del neoconstitucionalismo”⁷³⁷, y aunque está relacionado con el de límite, aunque ambos se diferencian en muchos aspectos⁷³⁸.

Su inclusión en los textos constitucionales les da un valor jurídico y normativo de especial relevancia, aunque su significado y extensión no ha sido desarrollado al mismo nivel. Ello obligará a realizar un esfuerzo interpretativo de la mayor relevancia y seriedad constitucional, ya que de éste dependerá la vigencia de muchos derechos constitucionalmente protegidos⁷³⁹.

Asimismo, su vinculación con el principio de reserva legal ha convertido al contenido esencial en “la garantía básica prevista por la Constitución a favor de los derechos fundamentales y de la que carecen el resto de los derechos, bienes e intereses constitucionales”⁷⁴⁰, operando como un límite a todos los poderes públicos, pero especialmente al legislador.

Básicamente, este modelo propone distinguir en cada derecho fundamental lo que sería su núcleo o parte esencial de su contenido accidental o periférico⁷⁴¹.

A nivel doctrinal, se pueden reconocer básicamente dos grupos, dependiendo de la rigidez dada al contorno de ese “contenido esencial” y su tolerancia frente a la posibilidad de afectarlo por razones poderosas. De esta manera, habrá quienes creen que este núcleo sería irreductible, mientras otros postularán que este podría ser objeto de limitaciones y restricciones, si es que ellas están fundadas y superan el test de proporcionalidad.

Los partidarios de la existencia de un contenido esencial entendido como un núcleo esencial absoluto, reclaman que este jamás podría ser restringido, e incluso, que el contenido esencial y el derecho constitucional son una misma cosa, reafirmando con ello el carácter absoluto de los derechos fundamentales. “Más allá de los contornos que los delimitan, no puede existir protección constitucional de derechos fundamentales, y, en cambio, dentro de ellos, la protección constitucional es absoluta”⁷⁴².

⁷³⁷Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 33-55. Seguimos muy de cerca a estos autores en esta sección.

⁷³⁸ Para algunos autores, los conceptos de “límite” y “contenido” son la misma cosa. El Tribunal Constitucional Chileno, por ejemplo señaló que un derecho era afectado en su esencia “cuando se le priva de aquello que es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que “se impida el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21). BERTELSEN señala que de esta definición se desprende que “el Tribunal entiende por contenido esencial el contenido mismo del derecho, sin distinguir entre un núcleo duro y una zona de protección más débil”. Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 69.

⁷³⁹ En este sentido, Joaquín RODRÍGUEZ TOUBES, “*Principios, Fines y Derechos Fundamentales*”, Dykinson (2000), p. 208.

⁷⁴⁰ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 414.

⁷⁴¹ Tomás de DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 41. Los autores señalan que la distinción entre lo esencial y lo arbitrario no deja de ser un tanto artificial y arbitraria.

⁷⁴² Tomás de DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 128.

De acuerdo a esta comprensión, hay contenido esencial y contenido “inicialmente protegido”, que puede ser sacrificado de acuerdo lo indique un juicio ponderativo, con el objetivo de dar prevalencia a otros derechos o bienes que dadas las circunstancias se considera más valiosos⁷⁴³. Para FERRAJOLI, esta interpretación nos garantiza “tal vez menos derechos pero más fuertes”⁷⁴⁴.

A su vez, lo que queda fuera de este núcleo, será accidental y por tanto limitable, y corresponderá más bien a un tipo de “mandato de optimización” que a un derecho consolidado⁷⁴⁵.

BERTELSEN⁷⁴⁶ observa el riesgo de dejar reducido el derecho sólo a ese núcleo, entregando al legislador absoluta libertad sobre el resto de su contenido. Sin embargo, salvo que se identifique la totalidad de lo protegido con el contenido esencial, aquella parte no incluida en el núcleo igualmente vincularía y limitaría a todos los órganos del estado, incluyendo el legislativo, el que deberá exhibir razones importantes y justificadas para su restricción.

El reconocimiento y delimitación de un contenido esencial para los derechos permitirá resolver y evitar muchos de los llamados conflictos entre derechos generada por la utilización amplia del lenguaje de los derechos fundamentales.

Asimismo, su incorporación en el discurso jurídico y su vinculación con la reserva de ley permite establecer un tope a las posibilidades relativizadoras de la ponderación, permitiendo a ambas actuar en conjunto. A nuestro juicio, de esta combinación se lograrán, al final del día, los mejores resultados en materia de interpretación constitucional.

Sin embargo, cabe decir que dado que el control del mismo corresponde al Tribunal Constitucional, su determinación sería materia constitucional y no legal, aunque el texto fundamental entregue su desarrollo al legislador. La superioridad de los derechos fundamentales sobre la ley parece deducirse claramente, por ejemplo, de la obligación impuesta a la ley de respetar el contenido esencial de los derechos que regula⁷⁴⁷.

Más allá del contenido esencial específico de cada derecho, esta formulación exigirá una justificación especialmente cuidadosa frente a cualquier medida

⁷⁴³ Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 411.

⁷⁴⁴ Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 343. Sin embargo, más adelante señala que pese a ello, “la adscripción de FERRAJOLI a la teoría interna, es decir, a la idea según a cual los derechos tendrían unos límites precisos *ex ante*, al menos cuando viniesen expresamente contemplados en la Constitución, resulta dudosa. Creo que lo demuestra este otro pasaje donde dice compartir mi opinión de que “los derechos están limitados, pero los límites también lo están y precisamente por los propios derechos, sin que desde la Constitución pueda deducirse en qué casos triunfan unos u otros” (refiriéndose a *Principia Iuris*, cit., párrafo 13.14, Vol. II, p. 74). El autor señala su opinión detallada al respecto se encuentra en “*Constitucionalismo y Garantismo*”, en “*Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*”, Miguel CARBONELL y SALAZAR (coords.), (2005), p. 50 y ss.

⁷⁴⁵ Aunque para limitar esta parte del derecho se seguirán exigiendo razones fundadas, que nuevamente nos llevan a plantearnos la necesidad de utilizar el test de proporcionalidad. La CE parece plantear esta figura.

⁷⁴⁶ Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 66.

⁷⁴⁷ Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 127.

limitadora o restrictiva de los derechos constitucionalmente protegidos, permitiendo su protección frente a argumentos ponderativos excesivos y frente a decisiones arbitrarias en relación a su ejercicio, protegiéndolo a su vez frente a intromisiones excesivas o arbitrarias, facilitando al mismo tiempo su regulación y desarrollo en sede legislativa⁷⁴⁸.

Más aún, OTTO y PARDO señala que el análisis del contenido esencial puede realizarse poniendo la mirada en el derecho en cuestión, en forma abstracta, o en la justificación y pertinencia de las medidas adoptadas y que lo limitan, y por lo tanto, más vinculado con su resultado.

Bajo esta última fórmula, y dada las múltiples posibilidades ofrecidas por el juicio de ponderación, el elemento de “contenido esencial” de los derechos cumplirá un rol meramente argumentativo, pero de gran utilidad, obligando al intérprete a poner la mirada sobre aquella parte del derecho que se dejará subsistir antes que en la validez de las razones que existen para establecer la restricción. Esta exigencia, sin duda más metódica que material, obligará por ejemplo al juez a referirse a la cuestión en su sentencia, aumentando la solidez y resistencia de los derechos frente a cualquier argumentación ponderativa y por lo tanto, relativizadora, que quiera hacer el juez o el legislador. Pero al mismo tiempo, al ser imposible determinar contornos rígidos o estables para el contenido esencial de cualquier derecho, también se deja abierta la puerta a la legitimidad de una restricción⁷⁴⁹. El “contenido esencial” no sería otra cosa que un elemento retórico que obligaría a los jueces a observar el derecho en sí mismo, y la posición en que finalmente es dejado, luego de un ejercicio de ponderación⁷⁵⁰.

La determinación de aquello que constituye el contenido esencial será un proceso en el que intervendrán múltiples factores. Para VALLDECABRES ORTIZ el contenido esencial no es preconstitucional, ni inmutable ni preexistente, sino que es fruto de un proceso de articulación entre los valores del ordenamiento, la tradición, y muchos otros factores. Ello permite distinguir entre el contenido esencial histórico o conceptual, del jurídico o legal⁷⁵¹.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 11/1981 (caso de huelga de celo), en su FJ 8 hace referencia “a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho” así como a la existencia de un “(...) tipo abstracto del derecho pre existe conceptualmente al momento legislativo”. El

⁷⁴⁸ Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 125; Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 126.

⁷⁴⁹ Ignacio de OTTO (1988), ob. cit., nota 564, p. 131.

⁷⁵⁰ Tomás de DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 41 (citando a Luis PRIETO SANCHÍS (1990), ob. cit., nota 195, pp. 440-441).

⁷⁵¹ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 410: “VIVES se refiere al contenido conceptual del derecho, determinado por la historia y la ideología, frente al contenido jurídico, que no es sino aquel que la ley precise. El primero no prefigura al segundo (...). El “leitbild” del derecho, sus fronteras, sus elementos, que constituyen la esencia, quedan delimitadas por la tradición jurídica, que está abierta a la evolución; el resto de los elementos son susceptibles de intervención por el legislador que necesita garantizar todas las libertades pero, sobre todo, cualquier libertad concreta, a todos por igual” (la cita es a un manuscrito inédito de VIVES, al menos al tiempo de la publicación de su trabajo).

contenido esencial estaría conformado, por tanto, por “todos aquellos elementos necesarios para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo concreto” al que arriba hacemos mención⁷⁵².

Así, por ejemplo, la vida amorosa y sexual, generalmente pertenecerá al ámbito de lo protegido por el derecho a la intimidad, no pudiendo ser materia de información. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional “La notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por su propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva el conocimiento ajeno”⁷⁵³.

Para determinar el contenido esencial de un derecho, debemos comprender su naturaleza y su lógica interna, lo que nos remite necesariamente a sus funciones y fundamentos, pues ellos dan cuenta de un límite infranqueable⁷⁵⁴.

Acá la tarea puede volverse difícil, los fundamentos que han permitido promover, justificar y dar reconocimiento jurídico a un derecho son múltiples, y dado su carácter conceptual, pueden ser estructurados o definidos desde numerosas formas y perspectivas.

Pese dichas líneas argumentales no necesariamente son uniformes ni complementarias, en general se ha logrado establecer importantes consensos sobre las más relevantes, lo que ha facilitado su reconocimiento y tratamiento homogéneo, concretándose así el destino universal de estos derechos.

⁷⁵² Esta tarea, según la misma sentencia, podría ser realizada por los especialistas del derecho “haciendo coincidir el lenguaje de la norma con las ideas y convicciones generalmente admitidas” de acuerdo “al momento histórico y cultural en que cada caso relativo a derechos resulta analizado” Asimismo, un poco más adelante, el Tribunal Constitucional ofrece la posibilidad de descubrir el contenido esencial por una vía complementaria, consistente en determinar los “intereses jurídicamente protegidos” (la transcripción de las citas de esta sentencia ha sido realizada siguiendo un orden diferente, por razones de claridad).

Algunos autores, como por ejemplo MEDINA GUERRERO han sostenido que si bien los criterios señalados por esta sentencia son “razonables y suficientemente nítidos”, la forma en que los desarrolla podría favorecer la confusión entre contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido. Manuel MEDINA GUERRERO (1996), ob. cit., nota 690, p. 115. PAREJO ALFONSO identifica al contenido esencial como aquellas partes “indispensables para la reconocibilidad jurídica de un derecho”. Luciano PAREJO ALFONSO, “*El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*”, Revista Española de Derecho Constitucional, No 3 (1981), p.187 y 188.

⁷⁵³ STC 83/2002, FJ5. Sin embargo, cuando estas circunstancias interfieran en la capacidad de una persona para desempeñar un cargo o función de relevancia pública (que desempeña o para el que está siendo propuesto), si podrán ser difundidas, como ocurrió en el caso del ex Presidente de los Estados Unidos Bill Clinton y su asistente Mónica Lewinsky.

⁷⁵⁴ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 273, p. 302.

Gracias a este consenso buena parte de su fundamentación conceptual que encontremos en la jurisprudencia y doctrina construida al alero de la gran mayoría de los tratados internacionales y normas constitucionales será, en lo principal, muy similar. Un claro ejemplo de ello podemos verlo en los capítulos que siguen al analizar la libertad de expresión.

La Constitución presenta una particularidad que será de relevancia en el trabajo de determinar el contenido esencial de cualquier derecho, pues señala en forma expresa el fundamento de todos los derechos: la dignidad humana.

Esta ligazón normativa de la Constitución a un objetivo específico (aunque lo suficientemente amplio, flexible y universal), no busca ni quiere desconocer la validez y potencialidades de los fundamentos que desde diferentes perspectivas y tradiciones han servido de sustento a las libertades de expresión e información. Pero remarca un compromiso claro de la opción constitucional de 1978 con una línea argumental específica, que implicará algunas consecuencias relevantes.

La principal de ellas es el carácter siempre finalista de los derechos, lo que impide su instrumentalización en base a fines diversos a la dignidad humana y los valores a ella asociados (autonomía, libertad, respeto del resto de los derechos constitucionales, etc.).

Por ello, para fines de determinar su contenido operativo y normativo, VALLDECABRES ORTIZ sugiere pasarlos por “el particular tamiz de nuestro texto constitucional”⁷⁵⁵, dando a su vez, a las funciones no reconocidas como fundamento un espacio diferente, aunque relevante, dentro del sistema constitucional. Este principio interpretativo podría ser llamado “principio pro persona”.

De esta manera, estas justificaciones seguirán teniendo gran relevancia y utilidad, pudiendo ser utilizados como elementos hermenéuticos de peso universal a la hora de interpretar y definir el sentido y propósito de muchas expresiones y normas. Asimismo, considerando que ellos apuntan a bienes deseables y a objetivos universales también asumidos y buscados por la Constitución, pueden ser utilizados “para integrar y dar sentido al sistema de valores constitucionales”⁷⁵⁶.

Por tanto, si consideramos que esta salvaguardia está establecida en defensa de los derechos fundamentales, y a través de ellos, de la dignidad humana y de la democracia, no podría concebirse esta exigencia como una limitación a la voluntad soberana manifestada a través del parlamento, aunque de facto, tenga ese efecto.

El “contenido esencial” es una garantía que tiene como primer destinatario al poder legislativo, pero también resulta aplicable al poder judicial (especialmente a la jurisdicción constitucional) y a todo organismo público.

Su control jurisdiccional corresponde al Tribunal Constitucional, y se realiza en forma negativa, lo que implica que podrá decir al Congreso qué normas no son ni

⁷⁵⁵ Ídem.

⁷⁵⁶ Ídem.

pueden ser partes del orden constitucional, pero sin señalar las muchas que sí podrían serlo, tarea que quedará entregada exclusivamente al Congreso⁷⁵⁷.

Las críticas planteadas a este modelo son tan abundantes como sólidas. La primera y más sencilla de ellas apunta a la indeterminación y poca claridad existente acerca de los límites y contornos de los derechos y su núcleo esencial, es decir, al objeto propuesto como método.

En la práctica, la dificultad de lograr consensos mínimos sobre ello generará continuas disputas, teóricas y judiciales, haciendo depender enteramente la construcción del “contenido esencial” de una decisión interpretativa, valorativa y subjetiva, que muchas veces será además polémica. Por tanto, como sostiene GAVARA, el problema del contenido esencial es que sólo podrá ser realmente conocido luego de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre un caso particular⁷⁵⁸.

Una segunda crítica es la planteada por DE DOMINGO y MARTÍNEZ PUJALTE, quienes señalan que la idea de “contenido esencial” plantea una estructura de los derechos fundamentales que es equivocada. El problema, por tanto, sería más grave que la simple dificultad de encontrar la forma o la técnica para dar con ese “contenido esencial”, pues nos enfrentaría a un problema sin solución.

La teoría absoluta descansa en una interpretación decimonónica de los derechos fundamentales, que vería en estos tan solo derechos frente al Estado, y que reduciría el papel de este último a una tutela pasiva o a una actuación limitadora de

⁷⁵⁷ PRIETO SANCHÍS señala que en estos casos, el control jurisdiccional del Tribunal Constitucional es más bien un control de tipo político, establecido para proteger el orden constitucional de los vaivenes políticos y de las tiranías de la mayoría.

⁷⁵⁸ Juan Carlos GÁVARA DE CARA (1994), ob. cit., nota 204, p. 231 y 270. Además, dado que en el texto constitucional no hay suficientes antecedentes como para conocer ese contenido, para hacerlo se deberá acudir necesariamente a elementos extralegales, entregando al intérprete capacidad de determinar el derecho constitucional que parece excesiva. Por eso corre el riesgo de desplazarse hacia la teoría relativa. En este sentido, PRIETO SANCHÍS señala que “la teoría absoluta ofrece las bases de una interpretación satisfactoria del contenido esencial como garantía autónoma de los derechos, y afirma que esta ha de entenderse como “una barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en sí misma como razonable o suficientemente justificada”. Luis PRIETO SANCHÍS (1990), ob. cit., nota 195, p. 439.

Para MARTÍNEZ PUJALTE, es sobretodo el juez el que deberá llevar a cabo la tarea de delimitación constitucional del derecho fundamental, como presupuesto necesario para examinar si, en los casos concretos que se le presenten, se ha producido una lesión de un derecho por una actuación de la Administración o de un particular”. Sobre la delimitación del contenido de los derechos fundamentales y la importancia de interpretación teleológica. Luis MARTÍNEZ PUJALTE (1997), ob. cit., nota 7, p. 104.

Lo anterior permite comprender mejor el entramado del derecho, señalando claramente que no siempre que una parte alega un derecho es porque en realidad lo tiene. Y no se da la señal equívoca con la ponderación de que si se tenía el derecho, pero no se le respetará en el caso preciso, porque es derrotado por otro al que se le dará preferencia. No basta sostener que uno tenga un derecho para que ello sea cierto. En el derecho privado ocurre todo el tiempo y a nadie se le ocurre hablar de conflictos de derechos.

los derechos, sin tener en cuenta que hoy al legislador incumbe crear las condiciones que hagan posible el ejercicio efectivo de los derechos)⁷⁵⁹.

Ahora bien, si la cláusula de contenido esencial parece ser, entonces, una creación constitucional cuya identidad no nos es dada ni nos resulta fácil conocer, habría que preguntarse qué beneficios nos brinda⁷⁶⁰.

3.- Toma de posición frente a la conflictividad de contenido constitucional

En este trabajo seguiremos la postura que afirma la existencia de conflictos constitucionales. Asimismo, creemos que la creación de modelos generales o tipos será una herramienta que nos permitirá enfrentar una cantidad importante de casos, sin perjuicio de que el criterio de “habitual ocurrencia” sea esencialmente dinámico y local, por lo que deberá ser objeto de continuas revisiones.

Por otro lado, también creemos que algunos derechos tienen una estructura de contornos más clara (los derechos negativos, por ejemplo, o la irretroactividad de la ley penal, la prohibición de la esclavitud, etc.), y otros donde la doctrina puede hacer importantes aportes de delimitación, que en caso de lograr ser consensuados, ofrecerán una ayuda invaluable. De alguna manera, ello ha sucedido en el contexto europeo con la utilización de la ponderación y la creación de criterios para resolver muchos de los conflictos entre libertad de expresión y honra, entre otros.

Por tanto, creemos que el modelo a utilizar, que es también el modelo a que la práctica judicial actual nos obliga, es un modelo que acepta la existencia de conflictos, y la solución de ellos mediante criterios ponderativos, parcialmente estabilizados por la incorporación de elementos definitorios de los contornos o límites de los derechos.

En los casos en que estemos frente a acciones limitadoras del legislativo, lo que en realidad tenemos será la conversión de los principios en reglas mediante una ponderación realizada en abstracto, cuya corrección debe presumirse, sin perjuicio de las facultades correctivas y negadoras del Tribunal Constitucional. No convendría hablar, por tanto, de restricciones de derechos realizadas por ley, sino de regulación o concretización de los mismos, ya que la idea de “restricción” evoca necesariamente los tiempos de la omnipotencia del poder legislativo y de la voluntad, hoy adecuadamente limitado por la Constitución.

La principal razón para adherir a la tesis conflictivista no solo supone reconocer la práctica europea dominante, ni pretende ir al fondo filosófico de la discusión. Simplemente reconoce el hecho que dada la complejidad del engranaje de los derechos, principios y valores constitucionales, será común que debamos recurrir a un tercero para que solucione o defina las legítimas y razonables dudas que dos o más operadores puedan tener sobre un punto particular.

⁷⁵⁹ Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, pp. 33-35. Seguimos muy de cerca a estos autores en esta sección.

⁷⁶⁰ PRIETO SANCHÍS señala que el verdadero problema de la cláusula de contenido esencial no es que sea indeterminada, sino que es más bien impredecible. Luis PRIETO SANCHÍS (1990), ob. cit., nota 195.

Otra razón adicional para seguir la postura mayoritaria sobre este punto, es práctica, y dice relación con la ausencia de alternativas de calidad ofrecidas por quienes han sostenido la tesis unitaria o negadora de conflicto. En efecto, a la hora de enfrentar el aparente conflicto, los mecanismos ofrecidos no son ni demasiado diferentes, ni mejores, ni más sencillos ni estables a los de la ponderación, sino que como hemos señalado, simplemente cambian la sede del conflicto desde una disputa real asociada a una posible superposición de derechos, a un conflicto de pretensiones fundadas constitucionalmente, donde luego de la compleja y no menos problemática tarea de interpretar y delimitar correctamente los derechos, podremos demostrar (si somos exitosos) que el conflicto era solo aparente.

Finalmente, creemos necesario señalar que debemos hacernos la idea donde la tónica permanente sea un derecho con ambigüedades, problemas de interpretación y conflictos entre derechos. Las particulares circunstancias de cada caso, sumadas a la pluralidad de valores existentes en nuestras sociedades, y al dinamismo del derecho y la cultura, volverán inestables y potencialmente polémicas todas las construcciones y aclaraciones que se realicen, obligándonos a hacer el mismo trabajo interpretativo una y otra vez.

VI.- La técnica de la ponderación como método para resolver conflictos entre derechos fundamentales en sede judicial.

*“La ponderación entre derechos, en el marco de una interpretación sistemática de la Constitución, es el cauce para establecer el derecho preferido en el caso concreto (...)”*⁷⁶¹

PECES BARBA

*“Que los ciudadanos consideren que no tienen asegurado su derecho mientras no ganen el pleito me parece un rasgo de sensatez por parte de los ciudadanos”*⁷⁶².

PRIETO SANCHÍS

1.- Concepto de ponderación

No es fácil definir y explicar la ponderación o balanceo (*bilanciamento, weighing and balancing, balancing test*) como técnica de resolución de controversias e interpretación constitucional. Sin embargo, aun cuando su aparición en el mundo del derecho es relativamente reciente, hoy constituye un mecanismo ampliamente aceptado y utilizado tanto en España⁷⁶³ como en toda Europa⁷⁶⁴ y otras partes⁷⁶⁵.

En nuestra opinión, es posible sostener que la ponderación es un elemento de la esencia del sistema de derechos constitucionalmente protegidos tal como hoy lo conocemos en forma global, por influencia del constitucionalismo de los derechos o neo constitucionalismo. Ello significa que todo lo que digamos de esta técnica

⁷⁶¹ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), ob. cit., nota 144, p. 595.

⁷⁶² Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 280.

⁷⁶³ El Tribunal Constitucional Español, en concordancia con el grueso de la doctrina, ha señalado que este principio encuentra su reconocimiento jurídico en el artículo 1.1 de la CPR, también conocida como cláusula de estado de derecho (STC 85/1992, FJ 4; STC 111/1993, FJ 9). También se le vincula con las exigencias de justicia material (STC 50/1995, FJ 7; y STC 55/1996, FJ 8) y en el principio de razón práctica que invita a evitar todo sacrificio de derechos que resulte desproporcionado o innecesario (ejemplos citados por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 239).

⁷⁶⁴ El Tribunal Constitucional Alemán fue el primero en utilizar este mecanismo en sus razonamientos y justificaciones. Luego otros tribunales, como la Corte Europea de DD.HH., el Tribunal Constitucional Español y muchas otras cortes europeas y de todo el mundo lo han utilizado, contribuyendo a su fama y desarrollo. Incluso ha sido incorporado al texto de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, lo que según DE DOMINGO probaría esta masificación. Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (2011), ob. cit., nota 26, p. 14. El mismo autor, en su artículo sobre “La Teoría de Justicia del Neoconstitucionalismo: los Derechos Fundamentales como Núcleo del Bien Común”, incorpora un capítulo completo a desarrollar el tema siguiente: “La crisis de la teoría de la justicia del neoconstitucionalismo: la Irrupción del Principio de Proporcionalidad”. Ver en Tomás DE DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE *“Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas”*. Se le conoce por balanceamiento, weighing and balancing, balancing test, entre otros.

⁷⁶⁵ Los primeros desarrollos de esta técnica surgieron en EE.UU., uno de los primeros países en dar contenido jurídico constitucional a su “bill of rights”. Allí, ha sido llamado “Balancing test”, que luego ha sido traducido y difundido en lengua castellana como “ponderación” o “balanceo”.

interpretativa podrá tener validez universal, más allá de los matices que diversos autores y tribunales le impriman.

La técnica de la ponderación no cuenta con el acopio de experiencias y desarrollo doctrinario que es posible contar en otras instituciones jurídicas. Pero dada su capital importancia en el constitucionalismo moderno, y pese a su aún corta vida, se ha visto expuesta a numerosos desarrollos teóricos y críticos del mismo, que modificando uno u otro de sus aspectos, cambiando los énfasis o modalidades, ofrecen nuevas perspectivas y posibilidades, con alcances y contornos diferentes.

Aunando los elementos comunes, e intentando hacer una síntesis, podríamos sostener que la ponderación es un mecanismo de solución de conflictos entre posiciones o expectativas con fundamento jurídico generalmente constitucional, ampliamente reconocido, aceptado y utilizado en el derecho comparado, consistente en atribuir un peso específico a los diferentes elementos en conflicto y determinar así cuál debe primar entre ellos, debido a su mayor relevancia en el caso particular.

PRIETO SANCHÍS sostiene que la ponderación es una necesidad que nace del comportamiento de las normas sobre derechos fundamentales como principios⁷⁶⁶. Al respecto recuerda que “las normas son principios cuando sus colisiones no se saldan con la pérdida de validez de uno de ellos, ni tampoco mediante la configuración de uno como excepción permanente al otro (según la regla de la especialidad), sino con un triunfo que pudiéramos llamar circunstancial y que se decide a través de ponderación”⁷⁶⁷. Este es el núcleo del juicio de ponderación y es el núcleo también de toda una concepción de los derechos fundamentales y de sus posibles restricciones⁷⁶⁸.

Otra definición de ponderación habitualmente citada es la de ALEINIKOFF, quien la entiende como “la opinión emitida por el tribunal que analiza un problema constitucional mediante la identificación de los intereses implicados en el caso, y llega a una decisión o construye una regla de derecho constitucional, mediante la asignación explícita o implícita de valores a los intereses previamente identificados”⁷⁶⁹.

GUASTINI resalta el elemento más concreto y pragmático al definirlo como la técnica generalmente usada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales, o lo que es generalmente lo mismo, entre derechos fundamentales. Asimismo, incorpora un concepto que será de gran uso en todo este debate, al decir que consiste en establecer entre los principios en

⁷⁶⁶ Luis PRIETO SANCHÍS (1990), ob. cit., nota 195, p. 217 y ss.

⁷⁶⁷ Señala que “así, entre la libertad ideológica y la cláusula de orden público (que en la Constitución española figura como un límite expreso, art. 16.1) no se advertiría una frontera nítida, de modo que, vulnerado el orden público, dejase de actuar sin más la tutela iusfundamental, sino que cabe perfectamente que una misma conducta sea prima facie y simultáneamente ambas cosas (ejercicio de la libertad religiosa y alteración del orden público), debiendo triunfar en definitiva el Derecho o su límite según el peso de cada uno de ellos en el caso concreto”. Luis PRIETO SANCHÍS (2008), ob. cit., nota 16, p. 339.

⁷⁶⁸ Ídem.

⁷⁶⁹ T. Alexander ALEINIKOFF (1987), ob. cit., nota 304, p. 945.

pugna una jerarquía axiológica móvil⁷⁷⁰, que llevará a que los conflictos sean resueltos de acuerdo al peso que les atribuyamos a los elementos en disputa, dadas las particulares circunstancias del caso⁷⁷¹.

Agrega que la ponderación no concilia ni armoniza los principios en juego, ni realiza concesiones recíprocas entre ambos, de modo de facilitar la vigencia parcial de cada uno. Por el contrario, en cada caso concreto uno de los principios se aplica y el otro se descarta es descartado, pero sin derogarlo o invalidarlo, como si ocurriría con los criterios de ley posterior o les específica. Esta construcción permite que el principio siga estando disponible para ser aplicado en otras controversias⁷⁷².

Como es obvio, ello excluye la posibilidad de dar respuestas anticipadas, generales y estables (la preferencia será relativa y atingente a cada caso, y los derechos, en abstracto, serán plenamente válidos)⁷⁷³.

Finalmente, este autor agrega que la ponderación es un juicio de valor comparativo, más que un acto de atribución de significado, por lo que no sería un acto interpretativo propiamente tal, sino más bien resolutivo y adjudicativo⁷⁷⁴.

Se ha señalado que la ponderación muestra una fuerte vinculación con el pensamiento utilitarista o consecuencialista, donde la justicia se entiende más como el mejor resultado posible para un caso dado antes que la sujeción a determinadas reglas. De este modo, un derecho podrá ceder o ser sacrificado ante otro, si el resultado que con ello se obtiene es mejor. Sin embargo, en desarrollos posteriores se han establecido límites a esta posibilidad de “derrotar” a los derechos por razones de conveniencia general, ateniendo al carácter fundamental de los mismos⁷⁷⁵.

De este modo se dejan fuera de la lógica de la ponderación las posturas utilitaristas extremas, que podría enfrentarnos a situaciones extremas y absurdas. La incorporación a la lógica constitucional y a la propia práctica del balanceo el concepto – hoy la institución – del “contenido esencial” de los derechos, que

⁷⁷⁰ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 88.

⁷⁷¹ De esta manera, el peso del derecho a gritar en un hospital será inferior al del que interrumpe una obra de teatro para gritar “fuego” para advertir a los asistentes de un incendio, o al de un periodista que critica una decisión política. Del mismo modo, el derecho a comunicarse libremente con cualquier persona puede tener pesos diferentes según si estamos en tiempos de paz o de guerra. Obviamente, quien realice la atribución deberá explicitar y justificar los motivos que lo llevaron a balancear de esa manera.

⁷⁷² Por tal razón, la ponderación sería un juicio de valor comparativo más que un acto de atribución de significado, por lo tanto, no es un acto interpretativo propiamente tal, sino más bien resolutivo y adjudicativo. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, pp. 89-91.

⁷⁷³ Riccardo GUASTINI, “*Specificità dell’interpretazione Costituzionale?*”, en Paolo COMANDUCCI y Riccardo GUASTINI, “*Analisi e Diritto*”, Giappichelli, Torino (1996), p. 177 y ss.

⁷⁷⁴ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 91.

⁷⁷⁵ Ronald DWORKIN, “*Taking Rights Seriously*”, Harvard University Press, Cambridge, (1977).

Señala que los derechos constitucionales (principles) son cartas de triunfo o escudos frente a cualquier pretensión de postergarlos en nombre de un interés general o superior (policies), aunque ello provoque un perjuicio a dicho interés. Sin embargo, admite la posibilidad de postergarlos cuando la amenaza sea muy grande (p. 191).

garantiza que bajo ningún respecto puedan dejarse reducidos los demás derechos más allá de ciertos límites, apunta en este sentido.

La ponderación supone una crítica a los modelos positivistas clásicos de entender la labor judicial, donde este se limitaba a manifestar la voluntad del legislador en cada caso concreto, como un esclavo o “boca” de la ley”.

Más allá de cualquier desarrollo o trasfondo filosófico, podemos decir que como acto, la ponderación es un procedimiento práctico habitual, que las personas realizan diariamente en sus vidas, cuando en vez de elegir entre dos bienes, eligen entre dos situaciones que comparten elementos positivos y negativos, sopesando las consecuencias de ambos y optando por la que parezca más conveniente. Ello demuestra que sería un método antes originado en la vida cotidiana que en el mundo del derecho, aunque hoy sus resultados sean valiosos para ambos⁷⁷⁶.

1.2.- Carácter siempre particular de la ponderación

Existe una amplia discusión sobre la posibilidad de realizar actividades ponderativas tanto en abstracto como en concreto. Aceptar la posibilidad de realizar ejercicios de ponderación en abstracto supone, a su vez, aceptar la existencia de conflictos de derechos al margen de un caso concreto, lo que deberá ser cuidadosamente analizado.

Siguiendo a la corriente mayoritaria, creemos que la ponderación sólo es válida y posible en cuanto se encuentre vinculada a circunstancias particulares, que sólo serán completas en la realidad de cada caso⁷⁷⁷. Por lo mismo, por mucho que los casos presenten importantes semejanzas, el razonamiento desarrollado en un acto ponderativo de este tipo nunca será extrapolable a otras situaciones sin un análisis de sus particulares circunstancias.

Cuesta imaginar una situación donde los principios constitucionales, generales, abstractos, de idéntica relevancia jerárquica, y autodefinidos como universales, pueden plantear situaciones incompatibles y contradictorias sin referencia a hechos concretos. Además, los elementos subjetivos cobrarán importancia capital, y algunos de ellos, como por ejemplo las emociones y las valoraciones de justicia a ellas asociadas, sólo pueden operar sobre realidades concretas y lo más completamente descritas, o al menos en referencia a otras situaciones concretas similares.

Sin embargo, ello no quiere decir que no podamos hacer reflexiones apriorísticas y abstractas sobre la vigencia y situación de dos principios, aunque para ello, por

⁷⁷⁶ Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 289 y ss. y p. 319. En contra, ALEINIKOFF: “Tras la mayoría de las decisiones más relevantes que tomamos y de las más importantes creencias que tenemos, se encuentran los juicios acerca de principios, los que no son reducibles a un balanceo [de intereses]”. T. Alexander ALEINIKOFF (1987), ob. cit., nota 304, p. 998.

⁷⁷⁷ En el mismo sentido, por ejemplo, A. PECZENIK, “*Legal Collision Norms and Moral Considerations*”, en P. W. BROUWER et al. (eds), “*Coherence and Conflict in Law*”, Kluwer Publishers (1992), pp. 177-197.

regla general, deberemos recurrir a casos concretos o al menos típicos, reales o imaginados, simplificados o considerados en toda su complejidad.

Podemos imaginar un caso típico, con sus elementos estructurales más significativos a la vista, que pueda parecerse mucho a uno o muchos casos de la vida real (divulgación de antecedentes médicos íntimos o de imágenes que denoten una relación sentimental específica, relativos a un postulante a un cargo público, por ejemplo), permitiéndonos realizar, para efectos prácticos, un razonamiento bastante completo, pero nunca completamente abstracto⁷⁷⁸. Este ejercicio podrá asemejarse a la realidad, pero mostrará evidentes imperfecciones y limitaciones estructurales.

Además, no debemos olvidar que los jueces, como intérpretes auténticos del derecho, están sólo llamados a resolver casos concretos, desde los cuales podrá emanar una postura doctrinal. Por ello, lo que pueda llamarse balanceo amplio o abstracto, sólo puede ser realizado en forma extra jurisdiccional (debates académicos, etc.).

Por lo recién señalado, el carácter particular de la técnica ponderativa no permite generar un sistema donde los derechos tengan una jerarquía fija. En el mejor de los casos, podrá generarse un sistema de modelos o tipos, donde se desarrolle una prevalencia de determinados derechos frente a otros con carácter preliminar u orientativo (*prima facie*). Estos ejercicios serán de gran utilidad mientras se recuerde su carácter precario e instrumental, y no reemplacen a un correcto ejercicio de balanceo. Para construirlos, podrá recurrirse a los casos de mayor ocurrencia, considerando sus circunstancias relevantes. Idealmente, además, dado el carácter estrictamente práctico del Derecho, prestarán una mayor utilidad en la medida que sean consistentes con la información disponible en sede jurisdiccional.

Aunque no será materia de esta sección, podemos ver alguna relación entre las escuelas ponderativas y las del realismo o escepticismo jurídico, pues ambas consideran que sólo será posible acceder al derecho, operativo y real, analizando y comprendiendo el trabajo judicial, antes que el estudio abstracto de los enunciados contenidos en los textos normativos positivos (al que irónicamente llaman “positivismo de los textos”).

En los modelos constitucionales contemporáneos, y en especial en lo que se refiere a la protección y delimitación de los derechos, el rol del juez adquiere un gran protagonismo, haciendo imposible comprender el alcance de las normas únicamente desde la lectura de los textos legales. Por ello, PRIETO SANCHÍS

⁷⁷⁸ Pese a que algunos principios, excepcionalmente podrían colisionar en forma abstracta, ello es cuantitativamente irrelevante. Un ejemplo sería el derecho a la presunción de libertad y la prisión preventiva, que se resuelve en general en favor del segundo, pero limitando sus posibilidades y exigiendo numerosos requisitos para su procedencia.

Otro problema de realizar un análisis en base a normas sin relación con la realidad de un caso, es que aumentará las posibilidades de sobre identificar al enunciado con la idea que se tenga del mismo, y a ambas con la norma jurídica (en un sentido similar, Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 49).

señala que le parece un rasgo de sensatez por parte de los ciudadanos “que consideren que no tienen asegurado su derecho mientras no ganen el pleito”⁷⁷⁹.

1.2.- La balanza como metáfora de la ponderación

Quizá una de las formas más sencillas y claras de aproximarse al significado de la actividad ponderativa y de entender su lógica, sentido y operatividad, sea haciendo referencia a la metáfora que le da su nombre: la balanza.

Ello nos permitirá al mismo tiempo, evidenciar sus falencias y entender las críticas a que ha sido objeto.

En concreto, la ponderación o balance de derechos supone un símil con el proceso de comparar el peso de dos elementos, utilizando para ello un instrumento de precisión (la balanza), que nos permite conocer objetivamente el peso de cada uno, o más concretamente, cuál de ellos tiene un peso superior.

Junto al instrumental objetivo, el mecanismo supone un observador ajeno al proceso de medición y que no participa del mismo, sino que solamente constata el resultado del “balanceamiento”.

De esta manera, si la balanza está en buen estado y bien calibrada (en caso contrario no sería realmente una balanza) no podrá discutirse lo que ella nos diga sobre el peso relativo de los elementos que hemos comparado y medido, y que antes de utilizar, desconocíamos.

2.- Críticas y problemas de la ponderación como modelo interpretativo

De la sola observancia de esta metáfora podrían hacerse críticas gruesas y elementales⁷⁸⁰.

2.1.- Ausencia de un instrumento objetivo de medición

La primera de las críticas dice relación con la imposibilidad de contar con el instrumental necesario para realizar el proceso de “balanceamiento” en forma objetiva, dada la confusión e identificación que inevitablemente, en materia de derechos, se dará entre el observador y “la balanza”. Por ejemplo, en sede judicial, que es el caso de ponderación que más interesa al derecho, el observador y la balanza son a la vez cada juez. Como reiteradamente acusa GARCÍA AMADO, no existe un “ponderómetro”⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 280.

⁷⁸⁰ La principal crítica es de HABERMAS. Jürgen HABERMAS (2000), ob. cit., nota 283, p. 326 y ss.

⁷⁸¹ Para GARCÍA AMADO, la falta de ponderómetro implica que “solo será respetada la decisión legislativa que supere el juicio valorativo del TC, que es un juicio tan subjetivo en el fondo como el mío o el de mi tía Obdulia, aunque puede que técnicamente mejor fundado (...)”. Continúa más adelante señalando que “si tengo que optar entre poderes arbitrarios, mientras sigan

2.2.- Objeto de la medición difuso e indeterminado

A mayor abundamiento, los derechos son creaciones intelectuales incorporadas a textos normativos, cuyo contenido es abstracto e indeterminado. Por ello, a diferencia de las mediciones propias del mundo físico, donde si puede utilizarse una balanza, el conocimiento de los mismos y la determinación de su “dimensión de peso” debe hacerse a nivel conceptual, lo que dificulta aún más las cosas. Pues cada intérprete, y no solo cada juez, será una balanza legitimada para realizar el proceso⁷⁸².

2.3.- Ausencia de un criterio único de medición

Muy relacionado al cuestionamiento anterior, proviene de la dificultad concordar un mecanismo para medir o cuantificar los valores o principios en juego, que a mayor abundamiento, tendrá una prevalencia de elementos cualitativos antes que cuantitativos). La ausencia de una unidad de medida, de una moneda común, de un valor de comparación entre bienes analizados, dificulta el desarrollo de la técnica ponderativa y su aceptación colectiva. La ponderación es irracional y no tiene un criterio objetivo o al menos intersubjetivo, con lo cual abre una puerta a la irracionalidad⁷⁸³.

2.4.- Incapacidad de ofrecer certeza jurídica y estabilidad al contenido de los derechos

Por las características anteriores, la utilización de la ponderación nos sitúa frente a un panorama donde los derechos serán relativos, inestables e indeterminados. Ello podría ofrecer una serie de inseguridades y restricciones a los actores sociales (imaginemos un periodista que pregunta a su abogado si puede o no publicar una foto), las que podrían terminar generando temor, e inseguridad, limitando el ejercicio de los derechos. La duda en el derecho y en las responsabilidades que pueden generarse es una invitación a la abstención.

2.5.- Dificultad de generar un criterio de corrección de los fallos judiciales, abriendo una puerta a la discrecionalidad

Muchas de las disputas sobre derechos fundamentales existen porque los actores han comprendido de buena fe que su pretensión se encuentra amparada por un derecho constitucional. La principal diferencia que tendrá la ponderación realizada por el juez a la realizada por los actores, descontando el valor que podrían darle sus

existiendo elecciones democráticas, prefiero el del legislador”. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 40, p. 255.

⁷⁸² DE OTTO agrega que con estos criterios, tan abundantes en subjetividad, “se pone en peligro la unidad de la constitución y su misma prioridad jerárquica (...) un trabajo de Sísifo en el que otra vez se ha de resolver sin guía fiable problemas que renacen en cada encuentro de bienes”. Ignacio DE OTTO (1988), ob. cit., nota 564, p. 121.

⁷⁸³ Juan Antonio GARCÍA AMADO (1996), ob. cit., nota 379, p. 71.

cualidades personales, su formación jurídica, y su carácter de “tercero”, será el efecto de “cosa juzgada” de que está dotada su decisión, y que no es otra cosa que una toma de posición, ciertamente subjetiva (aunque realizada en sede institucional), que prohíbe mantener el conflicto sobre el asunto resuelto⁷⁸⁴. Por ello, este efecto es antes consecuencia de la fuerza que dé la razón, si bien una adecuada justificación de la sentencia podría hacer más comprensible y aceptable un fallo que no nos gusta.

Esta ventana abierta a la subjetividad, y la legítima existencia de muchos ejercicios de ponderación posibles, podrían afectar la legitimidad del proceso y del propio sistema legal, que reclama criterios permanentes y objetivos. La reducción de los espacios de racionalidad, certeza y seguridad es causa buena parte de las críticas realizadas al “constitucionalismo de los derechos”.

ORREGO observa que el balanceo ofrecerá al intérprete la posibilidad de desarrollar argumentaciones ad hoc y caer en una suerte de “consecuencialismo”, donde el contexto y los resultados tendrán una importancia desmedida⁷⁸⁵, y la obtención del resultado, más allá de su apariencia de racionalidad, se acercará generalmente a la arbitrariedad o a la intuición⁷⁸⁶. Por ello, esta técnica ha sido acusada de “cubrir con una apariencia de razonabilidad al activismo judicial y ocultar la verdadera razón de las decisiones judiciales”⁷⁸⁷.

2.6.- Posibles consecuencias sociales de la actividad ponderativa y del lenguaje de los derechos fundamentales: confusión de la ciudadanía y deterioro del debate político

Una crítica interesante y diferente tiene que ver con los efectos sociales que potencialmente podría generar ésta praxis. La lógica de los derechos universales, inviolables, permanentes y siempre válidos, podría llevar a la comprensión de ellos como ilimitados, o al menos, como omnipresentes, confundiendo su carácter de aspiración política con su contenido jurídico y generando situaciones de permanentemente colisión⁷⁸⁸.

Un sistema de derechos así concebido podría tener relación con la masiva confusión y frustración que ya existe en muchas sociedades frente a los mismos, pues siempre que un derecho sea postergado en beneficio de otro, o regulado legalmente, o modificada la política estatal existente frente al mismo, abriremos espacio para el descontento, incluso en los casos donde ha existido una

⁷⁸⁴ Lo que se prohíbe, por tanto, es la disputa jurídica, pero se puede seguir discutiendo, incluso públicamente, sobre el asunto y sobre la sentencia.

⁷⁸⁵ Destacando el valor de las circunstancias como uno de los elementos centrales de la ponderación, ver DE DOMINGO.

⁷⁸⁶ En los casos de conflictos abstractos, el riesgo sería el de establecer una jerarquía permanente y rígida. Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 330.

⁷⁸⁷ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “*El Juicio de Ponderación y sus Partes. Una Crítica*”, en ALEXY R. (coord.), *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid (2007), p. 32 y ss.

⁷⁸⁸ Se critica la “concepción del derecho constitucional como un campo de batalla de intereses que compiten entre sí”. T. Alexander ALEINIKOFF (1987), ob. cit., nota 304, p. 946.

justificación evidente para hacerlo. La comprensión inflacionista reduce el debate político a una lucha de posiciones de base ius fundamental, donde los derechos se presentan como argumentos concluyentes, haciendo, al final del día, perder fuerza a los mismos y a la Constitución que los contiene.

2.7.- Desconocimiento del carácter inconmensurable y absoluto de los derechos fundamentales

Algunos autores han criticado la lógica ponderativa señalando que ella no reconoce al menos dos características inherentes a los derechos fundamentales: su imposibilidad de medición y por tanto de comparación, y su carácter de bienes absolutos⁷⁸⁹. En este último sentido, se sostiene que los derechos fundamentales tienen por objeto la protección de bienes humanos básicos⁷⁹⁰, que por lo mismo, no pueden subordinarse entre sí ni limitarse o afectarse. Cualquier técnica de interpretación que parta del supuesto contrario debería ser rechazada, pues no resulta adecuado “expresar cualquier restricción deseada de los derechos en términos de otros derechos”⁷⁹¹ ni justificar con un criterio utilitarista el daño a un bien humano básico⁷⁹².

2.8.- Riesgos de una restricción, postergación o sacrificio excesivo de algunos derechos

Como ya hemos señalado, puede verse en la lógica de la ponderación una vinculación a las lógicas utilitaristas, que podrían justificar la restricción o sacrificio de un derecho si ello permite la obtención o realización de un bien mayor. De esta forma, por ejemplo, en una situación extrema se podría justificar la muerte de una persona, si el beneficio que de ello se obtiene es significativamente mayor (salvar las vidas de otras que necesitan un trasplante de órganos, por ejemplo)⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Germain GRISEZ, “*Against Consequentialism*”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 23 (1978), p. 9. John FINNIS, “*Fundamental of Ethics*”, Georgetown University Press (1983), pp. 86-93.

⁷⁹⁰ Pedro SERNA y Fernando TOLLER (2000), ob. cit., nota 105, p. 91.

⁷⁹¹ John FINNIS (2011), ob. cit., nota 428, p. 216.

⁷⁹² Para FINNIS, por ejemplo, estos bienes, que constituyen los derechos humanos básicos, son siempre inviolables. *Ibid.*, p. 225.

FINNIS acepta la posibilidad de que los derechos puedan ser limitados, pero no por causa de la primacía que otros derechos. También admite que muchas veces será conveniente sopesar los diversos elementos en juego y ponderar los costos y beneficios de las diversas alternativas, aunque ello debe hacerse sin afectar los “bienes básicos” (abriendo la posibilidad de afectar los “bienes instrumentales”, como podría ser, por ejemplo, el derecho de propiedad). “En caso que un daño sea inevitable, es preferible golpear que herir, herir que mutilar, mutilar que matar; esto es, menos que más daño a un mismo bien básico en un mismo caso”. *Ibid.*, p. 111 y 112.

Otros autores presentan posturas más radicales en esta materia, negando la existencia de conflictos e incluso de la posibilidad de limitar los derechos, pues estos ya se encontrarían de antemano limitados y ajustados, por lo que “rezagar un derecho equivale a postergar a la persona”. Pedro SERNA y Fernando TOLLER (2000), ob. cit., nota 105, p. 94.

⁷⁹³ *Ibid.*, p 119.

Las críticas que merece esta solución son evidentes y múltiples. Desde la máxima que sostiene que “le fin no justifica los medios” al imperativo categórico de KANT, que prohíbe en cualquier circunstancia utilizar a las personas como medios para otros fines.

2.9.- La multiplicidad de soluciones y la existencia de derechos incompatibles y relativos (jerarquías dinámicas) no es compatible con la unidad que supone todo ordenamiento jurídico

La ponderación, al ofrecer un amplio menú de posibilidades legítimas de solución para casos similares, y al sostener la plena vigencia de derechos en ocasiones incompatibles entre sí, desconocería la necesidad de comprender el ordenamiento jurídico como un todo armónico, unitario y que ofrezca a todos los actores sociales un trato igualitario y no discriminatorio. Por el contrario, ofrecería un planteamiento donde los derechos deben entrar en permanente conflicto para imponerse frente a otros intereses con los que entran en conflicto de modo legítimo y tutelado por el derecho, aunque al final del día, el propio ordenamiento impondrá a uno de ellos la obligación de ceder ante otro.

3.- Análisis y posición frente a estas críticas

Todas las críticas señaladas apuntan a aspectos débiles o controvertidos del proceso ponderativo⁷⁹⁴.

Buena parte del debate doctrinario contemporáneo sobre la materia, así como de las soluciones alternativas y complementarias planteadas, buscan hacerse cargo -total o parcialmente- de estos cuestionamientos, lo que nos invita a trabajar en el propósito de perfeccionar el sistema jurídico y fortalecer sus atributos de estabilidad, racionalidad, objetividad, certeza y seguridad⁷⁹⁵.

Perfeccionar la técnica y acotar los espacios para la incertidumbre y el casuismo, es fundamental si queremos que la ponderación siga siendo un mecanismo general y ampliamente aceptado y utilizado.

Por el contrario, si no somos partidarios de la utilización de esta técnica, con mayor razón deberíamos estar comprometidos con su perfeccionamiento, dado que su uso está fuertemente masificado y validado, tanto por la doctrina como la jurisprudencia europea y americana, y parece poco probable que sea abandonada en las próximas décadas.

⁷⁹⁴ Sin embargo, hay otras críticas que no compartimos como tales. Por ejemplo, la que plantea la identificación que bajo este proceso se daría entre los derechos y las normas que las establecen. Soledad BERTELSEN SIMONETTI (2010), ob. cit., nota 79, p. 49.

⁷⁹⁵ No podemos negar que este método, tan difundido y utilizado en la actualidad, enfrenta la crítica del riesgo de arbitrariedad (discrecionalidad) y la falta de garantías que en principio podría ofrecer, lo que podría poner en riesgo los valores jurídicos más propios y universales de un sistema de derecho (certeza, igualdad ante la ley, conocimiento previo de la ley y sus efectos, certeza de las conductas prohibidas y antijurídicas y de aquellas permitidas, jueces sometidos al imperio del derecho y alejados de la arbitrariedad y la discrecionalidad, etc.).

En la literatura crítica, en general se echan en falta propuestas que sugieran la posibilidad de utilizar un método más seguro y adecuado.

Dentro de las principales críticas a la ponderación como método, está su incapacidad de trabajar con mecanismos objetivos. Sin embargo, la perfección en esta materia “es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo y mucho menos en un ámbito tan controvertido como el de los principios, tan estrechamente vinculado a las ideologías”⁷⁹⁶. Por ello BERNAL sostiene que “todo aquel que pretenda excluir de la ponderación las apreciaciones subjetivas del juez, incurre entonces en irracionalidad”⁷⁹⁷.

Sobre este punto, PRIETO SANCHÍS es aún más categórico: la ponderación presupone la discrecionalidad⁷⁹⁸, pero ello no la vuelve un esfuerzo inútil⁷⁹⁹, pues permite mostrar las razones en pugna y exige del juez una justificación y explicitación de valores considerados en la decisión más esmerada que el habitual.

PRIETO SANCHÍS tampoco ve un problema relevante en la multiplicidad de posibilidades de respuesta que ofrece la ponderación, resaltando siempre la importancia de la misma como una obligación o exigencia de argumentación para el juez, más que cualquier otra cosa. “Si bien (la ponderación) no garantiza una y solo una respuesta para cada caso práctico, sí nos indica qué es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto o colisión, es decir, hacia donde ha de moverse la argumentación”⁸⁰⁰.

La imposibilidad de alcanzar una perfección y objetividad absoluta no impide perseguirla como un valor, como un mandato de optimización, en el sentido de “en la mayor medida posible”, como lo sugiere arriba PRIETO SANCHÍS o el propio ALEXY⁸⁰¹.

Por otro lado, la metáfora de la balanza es sin duda incompleta e insuficiente, pero manifiesta un significativo respeto por los valores o principios jurídicos de objetividad, imparcialidad del juzgador y necesidad de contar con elementos externos y conocidos por todos para fijar derechos y resolver conflictos jurídicamente relevantes.

No es menor que sean estos mismos valores a los que la ponderación se haya acusado de amenazar o lastimar. Pero cuando ello sucede, no lo hace restando valor a la relevancia de los bienes que se le acusa afectar, sino por el contrario, haciendo un llamado a perfeccionar la técnica en este sentido.

⁷⁹⁶ Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 289 y ss. y p. 317.

⁷⁹⁷ Ibid., p. 289 y ss. y p. 318. El autor señala que muchos de los cuestionamientos de que se hace cargo deben rechazarse por ser hiperracionales, y por tanto, irracionales, señalando que “alguien es irracional cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites”.

⁷⁹⁸ Luis PRIETO SANCHÍS (2007), ob. cit., nota 46, p. 278.

⁷⁹⁹ Ibid., p. 279.

⁸⁰⁰ Señala Luis PRIETO SANCHÍS: “La ponderación proporciona un modelo de justificación que obliga (o pretende obligar) al intérprete a mostrar las razones en cuya virtud, a partir del juicio de relevancia acerca de la concurrencia de dos normas en conflicto se desemboca en una decisión que privilegia a una de ellas en detrimento de otra”. Luis PRIETO SANCHÍS (2000), ob. cit., nota 265, p. 181.

⁸⁰¹ Nos detendremos en estos conceptos al analizar la utilización práctica de la técnica de la ponderación.

De esta manera, toma pleno sentido lo sostenido por COMANDUCCI en cuanto a que la ponderación y el neoconstitucionalismo generan problemas y lesiones al sistema jurídico, aumentando la inseguridad del sistema⁸⁰². Pero al mismo tiempo, en cuanto a que existen buenas razones para soportar esos costos, en busca de otros objetivos⁸⁰³.

La lógica de los derechos, y la ponderación que supone, tiene como base un modelo constitucional y jurídico diferente al tradicional. En éste, el objetivo del derecho no es lograr seguridad en base al cumplimiento mecanizado y ciego de ciertas normas, sino dar la mayor protección posible a la dignidad humana y a los derechos que la garantizan, objetivo frente al cual las reglas y principios presentan más bien carácter instrumental.

La utilización de criterios flexibles o móviles de jerarquías tiene un rol muy funcional en este sentido, pues da materialidad al principio de mínima intervención y de máxima vigencia posible de los derechos en un caso dado. Mientras en un sistema de reglas generales y universales, ciertamente más predecible y seguro, podría establecerse, por ejemplo, la prohibición absoluta de la censura previa, en un sistema de ponderación podría flexibilizarse esta regla en circunstancias extremas, permitiendo la vigencia de otros derechos y quitando protección a situaciones que claramente no han querido ser garantizadas. Dicho en otras palabras: lo que puede resultar adecuado en un caso, no lo será para otro, por lo que no parece necesario utilizar la misma medicina en todos los pacientes, sobre todo si queremos reducir sus efectos colaterales y si podemos obtener los mismos resultados queridos con un tratamiento diferente. El análisis de la jurisprudencia española y europea en este sentido es abundante en ejemplos.

⁸⁰² COMANDUCCI señala: “Me parece en particular peligroso, en sede de aplicación de la Constitución, la técnica de la ponderación caso por caso de los principios incorporados al texto constitucional. La opción deliberada de no establecer una jerarquía explícita entre los principios al menos para clases de casos (...) comporta la atribución para el juez constitucional de un margen tan amplio de discrecionalidad que haga de él no sólo un colegislador, sino incluso, en algunos casos, un coautor de la Constitución misma”. Paolo COMANDUCCI, *“Assaggi di Metaetica Due”*, G. Giappichelli (1998), p. 122.

Desde el punto de vista de su aplicación, los principios y la técnica de la ponderación pueden incrementar la indeterminación del Derecho y la discrecionalidad de un juez antes sometido sólo al imperio de la ley, y ello por las razones que indica COMANDUCCI: por su mayor grado de vaguedad, por la ausencia de una moral común y porque en la ponderación falta una jerarquía estable y general entre los principios.

⁸⁰³ “No quisiera que de lo dicho hasta aquí se concluyera que no existen buenas razones para crear principios, o para configurarlos o ponderarlos. Creo que existen buenas razones para hacerlo. Pero lo que no creo es que, en la situación actual, crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, sean actividades que persigan directamente (como parece creer DWORKIN) el valor de la certeza del derecho. Estas actividades persiguen, me parece, otros objetivos, que pueden ser, dependiendo del punto de vista, igual o mayormente recomendables: como, por ejemplo, la adecuación del derecho a los cambios sociales, tomar decisiones “al por mayor”, ofrecer criterios generales a los órganos inferiores, establecer metas de reforma social, la delegación de poderes para determinar el contenido del derecho, es decir, en general, la hetero y/o auto-atribución a los jueces de una parte del poder normativo, etcétera”. Paolo COMANDUCCI (2002), ob. cit., nota 2, pp. 107-108.

La crítica relativa a la inconmensurabilidad de los derechos sólo es cierta si pretendemos realizar comparaciones objetivas y matemáticamente verificables. Pero en el mundo de los derechos, como en tantos otros, ello no es posible, lo que tampoco nos deja de manos atadas. Lo que sí deja claro, es que la crítica es falaz, pues siempre el intérprete jurídico se verá enfrentado a este problema, cualquiera que sea la técnica que utilice.

Además, la imposibilidad de realizar juicios de ponderación objetivos y de validez universal no impide realizarlos en base a otros criterios. Tal como puede decirse que Venecia es una ciudad hermosa, y más hermosa que otra con que se le compare, podrá decirse que en un conflicto entre la vida y la propiedad, debe primar la primera, en razón de su mayor peso y relevancia, aun cuando no podamos probarlo en forma exacta.

Evidentemente, en muchos casos esta dificultad ofrecerá un problema, por la similitud de los elementos balanceados, y por la subjetividad que la opción realizada puede envolver, lo que afectará el anhelo de unidad, certeza y predictibilidad del derecho, al menos en su periferia. Pero no parece haber mejores alternativas, y creemos que a pesar de la problemática que se plantea, los resultados alcanzados pueden considerarse, en general, suficientemente satisfactorios. Analizaremos la forma de abordar esta dificultad operativa al analizar las dificultades la utilización concreta de la técnica de la ponderación.

El alegato fundado en carácter absoluto de los derechos nos parece una confusión, en buena medida originada en la extrapolación de su carácter de guía política y moral al ámbito de los derechos subjetivos. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias son concluyentes en este sentido: los derechos fundamentales no son ilimitados.

La crítica de que por medio de la ponderación podrían reducirse excesivamente, o incluso del todo, ciertos derechos, puede ser resuelta mediante un buen uso de este mecanismo. De esta forma, un adecuado juicio de ponderación considerará todos los factores y efectos de una decisión, y no sólo los más notorios y evidentes.

La ponderación no es un ejercicio que se realice sobre un esquema constitucional predefinido, sino que implica valoraciones y selecciones previas a la aplicación de las mismas, lo que supone una doble discrecionalidad: “instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y (...) cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos prácticos”⁸⁰⁴.

De esta forma, y ante su incapacidad de ofrecer resultados garantizados, ofrece un método e impone una obligación de justificación frente a los criterios utilizados para resolver el conflicto, que deberá referirse tanto a la validez de los principios invocados, como a los criterios utilizados en su aplicación⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ Riccardo GUASTINI, *"Principios de Derecho y Discrecionalidad Judicial"*, Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), Jueces para la Democracia, No 34 (1999), p. 44.

⁸⁰⁵ Para ALEXY, las objeciones de irracionalidad o subjetivismo “valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”. Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 157.

4.- Elementos que pueden ser considerados en un proceso de balanceo para justificar la limitación de los derechos fundamentales

En los procedimientos de ponderación deben ser incorporadas todas las circunstancias que participen del caso. Por ello, incidirán en el resultado no solo los bienes, principios y derechos invocados, sino todos los demás elementos relevantes, amparados explícita o implícitamente por el ordenamiento, y que contribuirán a la razonabilidad del juicio y a la justicia de la decisión. Además de los derechos propiamente tales, numerosos textos legales han señalado otros elementos que deberán ser considerados según el caso⁸⁰⁶. Estos elementos son muchas veces abiertos difusos e indeterminados, y se encuentran interrelacionados entre sí, por lo parece adecuado que los enunciados normativos sólo los señalen en forma breve y abierta (moral, orden público, etc.)⁸⁰⁷. También podemos decir que pese a ser parte de la lógica de la ponderación, es conveniente evitar confusiones y disputas respecto a su posibilidad de uso, por lo que su mención en ningún caso podrá considerarse redundante⁸⁰⁸. Por otro lado, esta formulación permitirá una comprensión y un tratamiento más equilibrado de los derechos fundamentales, incorporando en primera línea su dimensión institucional y relacional, que siempre se verá afectado al afectar un derecho, como puede verse claramente, por ejemplo, con las restricciones ilegítimas a la libertad de expresión e información. Quedará al intérprete determinar la relevancia, peso y participación de estos elementos en este proceso, obteniendo distinto nivel de reconocimiento, protección y capacidad constitucional. Ejemplos de ello serían la seguridad nacional, el orden público, la salud, la autoridad e imparcialidad de los tribunales, la persecución criminal, e incluso “la “belleza de la ciudad”⁸⁰⁹.

Dentro de estos elementos, uno que ha producido una particular dificultad es el de “bien común”, por la excesiva amplitud que supone, junto con perfección conceptual que bajo una comprensión adecuada puede significar y su uso recurrente. Dado que “el principal contenido del bien común es el reconocimiento, la promoción, la satisfacción y la defensa, tutela y garantía de los derechos humanos”⁸¹⁰, parecería preferible su reconocimiento por la vía de estos últimos, o de otros valores afines, como el orden o la seguridad pública. Invocarlo en forma directa resulta en extremo indeterminado, permitiendo cualquier tipo de

⁸⁰⁶ Las declaraciones sobre derechos humanos reafirman la idea de que los derechos se encuentran limitados por bienes colectivos y por las exigencias de la vida social. Así, por ejemplo lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29 N 1), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 32.2), y la Convención Europea de Derechos Humanos, al mencionar algunos derechos en particular (artículo 10.2). Lo mismo sucede en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12, 18.3, y 19.3).

⁸⁰⁷ John FINNIS (2011), ob. cit., nota 428, p. 218.

⁸⁰⁸ Ibid., p. 216.

⁸⁰⁹ Joseph RAZ, “*La Ética en el Ámbito Público*”, Gedisa (2001), p. 65.

⁸¹⁰ Fernando TOLLER y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “*La Resolución de los Conflictos entre Derechos Fundamentales. Una Metodología de Interpretación Constitucional Alternativa a la Jerarquización y el Balancing Test*”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR (ed.), “*Interpretación Constitucional*”, T. II, Editorial Porrúa, México (2005), p. 1201. En un sentido similar, John FINNIS (2011), ob. cit., nota 428, p. 218.

argumentación y dejando sin márgenes de protección al contenido de los derechos⁸¹¹.

5.- Diferentes formas de entender la ponderación: Universalismo, particularismo y posiciones intermedias⁸¹²

Frente a la actividad ponderativa, observaremos básicamente dos posturas respecto a la posibilidad de construir modelos generales de solución de casos particulares.

5.1.- La comprensión particularista de la ponderación⁸¹³

La primera de ellas, llamada postura particularista, pone su énfasis en el carácter único de cada caso, y en la necesidad de realizar en cada caso un nuevo ejercicio de ponderación si lo que queremos es lograr una mayor justicia y precisión en cuanto a la vigencia y contenido de las normas, estrictamente ajustado a cada caso⁸¹⁴.

Como consecuencia de ello, y dado que las mismas razones que se aplican para un caso pueden ser dejadas de lado en otro, la solución sólo puede conocerse *ex post*⁸¹⁵, resultará imposible generar modelos generales que permitan anticipar una

⁸¹¹ DE OTTO señala que esta tesis “reduce a la nada la garantía de los derechos frente a una fuente de limitaciones prácticamente inagotable, que carece de todo fundamento constitucional y que pone los derechos por completo a disposición del poder público”. Ignacio DE OTTO y Lorenzo MARTIN-RETORTILLO (1988), ob. cit., nota 514, p. 112.

⁸¹² En esto hemos seguido a David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 157.

⁸¹³ MARTÍNEZ ZORRILLA sugiere que dada la complejidad del asunto y la imposibilidad de desarrollarlo en un trabajo de este tipo, remitamos al lector más interesado a la obra de Jonathan DANCY, “*Moral Reasons*”, Blackwell Oxford (1993). Sin embargo, también nos previene respecto a que la radicalidad de dicha postura (Ibid., p. 163 y ss.).

⁸¹⁴ LANDA señala que “para asegurar la coherencia de la interpretación constitucional, la interpretación tópica plantea la necesidad de la precomprensión del problema y de la precomprensión de la norma constitucional. La precomprensión del problema y de la norma no se encuentra en sí misma, sino en función de la aplicación de un caso concreto. Por cuanto la precomprensión que realiza el intérprete está inserta en el consenso o conflicto social, en el cual se ubica el sujeto, el problema y la norma constitucional a interpretar; de ahí que, limitarse a postular sólo un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la interpretación resulta insuficiente (...). Sin embargo, si bien la interpretación gana como norma política, el carácter de la Constitución como unidad del ordenamiento jurídico quedaría reducida a una función de puntos de vista orientadores del intérprete, en base a una precomprensión consensuada”. César LANDA (2005), ob. cit., nota 618, pp. 740-741.

⁸¹⁵ Garrett CULLITY, “*Particularism and Moral Theory: Particularism and Presumptive Reasons*”, Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume (2002), p. 15 (citado por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 165-166).

El ejemplo que ofrece DANCY es que el hecho de que una persona nos haya prestado un libro generalmente será una razón suficiente para devolvérselo. Pero si descubrimos que ese libro ha sido robado de una biblioteca, la razón para devolverlo quizá desaparezca. Jonathan DANCY, “*Moral Reasons*”, Oxford Basil Blackwell (1993), p. 60 (nuevamente citado por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 166).

solución futura, aun cuando ellos se basen en casos similares previamente ponderados⁸¹⁶.

La utilización de los mismos razonamientos y principios en casos que presenten elementos comunes, no será necesaria, sino contingente, por lo que no podrá establecerse de ello una regla⁸¹⁷. De esta forma, finalmente siempre será la evaluación del caso y sus múltiples variantes, y no los principios, lo que determinará la solución⁸¹⁸.

Ante la ausencia de reglas y principios, y considerando la necesaria e inconmensurable individualidad o particularidad de cada caso, deberá echarse mano a una facultad personal del intérprete, que permitirá analizar y valorar los elementos del caso. De esta forma, el derecho tomará más la forma de un “arte” que de una disciplina científica, donde tendrán fuerte presencia y relevancia la subjetividad del juzgador, más que su racionalidad. La ponderación, por tanto, será en mayor medida una forma de percepción que un razonamiento deductivo⁸¹⁹.

Algunos autores han sostenido que esta capacidad ponderativa está presente en todos los seres humanos (una especie de brújula interna o *phronesis* aristotélica, que nos orienta a la hora de valorar y actuar en consecuencia, por lo que conviene “trabajarlo y desarrollarlo adecuadamente para perfeccionarlo”⁸²⁰.

5.1.1.- Críticas al particularismo

El particularismo, al desechar la construcción de un sistema más estructurado y simple de reglas y normas, inevitablemente complejiza el análisis y las formas de solución de los conflictos, generando inseguridad jurídica e importantes dificultades teóricas y de implementación.

⁸¹⁶ Para el particularismo, cualquier elemento puede tener relevancia. Desde el día de la semana al color de los cordones de los zapatos, como señala LITTLE. M. O. LITTLE, “*Moral Particularism: Wrong or Bad*”, en M. O. LITTLE y B. HOOKER (eds.), “*Moral Particularism*”, Oxford Clarendon Press (2000), p. 291 (citado por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 176). Ello hace imposible construir tipos o casos generales que abarquen todas las propiedades relevantes, ni tampoco principios generales.

⁸¹⁷ Siendo la función primordial de la actividad ponderativa el resolver adecuadamente conflictos concretos, y no el construir paradigmas que permitan anticipar y resolver situaciones futuras en forma más sencilla, esta incapacidad del mecanismo ponderativo no sería criticable.

⁸¹⁸ David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 165. Se podrá decir que en el fondo y en la práctica esta es la misma solución que ofrece GUAZZINI con su escepticismo y ALEXY con el particularismo. Pero la diferencia es primordialmente una: se pone el acento en lo que se puede hacer en forma general, abstracta, común, aun reconociendo las limitaciones del modelo en sus extremos, pero al mismo tiempo haciéndolo más preciso, versus el particularismo inmanejable y teóricamente más adecuado y preciosista de ALEXY. (se sigue así, por ejemplo, un modelo similar al del Derecho Penal, lo que constituye otra ventaja: simplicidad y adherencia a modelos ya existentes y previamente desarrollados, probados y sucesivamente corregidos).

⁸¹⁹ Para un particularista el discurso moral está indisolublemente relacionado con una supuesta capacidad de “captar” el valor moral de los comportamientos, atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Por tanto, antes que sobre bases deductivas, este se construye sobre una función de “percepción”, “sensibilidad” o “juicio”, y que la hace parecerse, por ejemplo, al juicio estético.

⁸²⁰ Ibid., p. 172. (y p. 174 por la referencia anterior).

Ello será particularmente cuestionable considerando tanto la tradición jurídica de siglos (construida en base a reglas claras y casos tipos, donde la subsunción es posible), como la circunstancia práctica de que la ponderación deberá ser aplicada por instituciones habitualmente sobrecargadas de trabajo. Por otro lado, la total apertura e incertidumbre que desde esta postura se plantea frente a la solución final de cada caso, podrían generar un aumento de la conflictividad, porque los actores sociales legítimamente podrán aspirar a que, pese a los precedentes, su caso sea resuelto de una manera diferente. Estimamos que el modelo particularista es correcto desde un punto de vista conceptual, y más completo y perfeccionista que sus alternativas, permitiendo soluciones más justas y una mejor aplicación del derecho a cada caso. Pero el énfasis puesto en las diferencias hace que sea poco operativo y complejo de administrar, haciéndolo cuestionable e inadecuado desde el punto de vista de la función judicial y su legitimidad. Además, la utilización de criterios valorativos no racionales, sino intuitivos, hace imposible explicar cómo una solución puede no ser arbitraria⁸²¹.

MARTÍNEZ ZORRILLA señala que “el error del particularismo (o uno de ellos, al menos) consiste en no caer en la cuenta de que los hechos solo adquieren relevancia en la medida que los relacionamos con casos genéricos, definidos por propiedades, y por tanto, en último término, dependientes de normas y de la racionalidad subsuntiva”⁸²².

El particularismo mantiene sus principios a costa de reducir su fuerza. No trabaja sobre la base de paradigmas que, en la realidad, podrían constituir la regla general e incorporar la generalidad de los casos, atomizando las situaciones y convirtiendo las generalizaciones en situaciones lógicas y filosóficamente absurdas del tipo: ninguna hoja de un árbol es igual a otra, o ningún enfermo es igual a otro, luego no hay enfermedades ni puede predicarse en propiedad los efectos de una medicina salvo en el caso concreto, cosa que estrictamente es cierto, pero utilizando un criterio menos estricto incorpora un factor de verdad. El particularismo tiene su talón de Aquiles en esta obsesión por la diferencia y por su resistencia a generalizar situaciones que si bien no son idénticas, presentan muchos elementos comunes. Su atención a lo distinto en lugar de lo común, y a la excepción en vez de la regla, complejiza infinitamente su modelo.

⁸²¹ Juan Carlos BAYÓN, “¿Por qué es Derrotable el Razonamiento Jurídico? ”, *Doxa*, No. 24 (2001), p. 57. Nos parece que la existencia de esta capacidad humana de emitir juicios valorativos sobre los actos humanos y otras situaciones, utilizando un tipo de razonamiento sensitivo y no racional deductivo o argumentativo, es evidente, y su existencia es un requisito para la existencia del razonamiento moral, del juicio moral. También dependerá de las diferentes tipologías humanas y de los diversos estilos cognitivos con que el analista pueda acercarse a un problema jurídico.

Lo anterior ha sido duramente criticado, sobre todo por quienes ven acá una ventana al subjetivismo, al relativismo y al intuicionismo.

MARTÍNEZ ZORRILLA destaca que al menos este postulado “no pretende defender la existencia de juicios morales correctos o verdaderos (más allá de la verdad entendida como la correspondencia con las auténticas preferencias del agente). David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), *ob. cit.*, nota 463, p. 174.

⁸²² *Ibid.*, p. 177. Por ello, para él “(...) no parece, en resumen, existir alternativa a la racionalidad subsuntiva”. Aunque también reconoce que puede no existir un número determinado de propiedades relevantes, y que este potencialmente incluso puede ser infinito.

5.1.2.- Respuesta a las críticas

En la práctica, el énfasis del particularismo en el caso concreto y en la indeterminabilidad de la solución correcta no nos impide construir doctrinariamente casos paradigmáticos, que podrían dar cuenta de la gran mayoría de los casos y anticipar su solución, ofreciendo una herramienta de gran utilidad práctica y didáctica.

De hecho, podrían construirse paradigmas aptos para la subsunción, sobre la base de propiedades relevantes y típicas (ciertamente incompleto e imperfecto, pero práctico y realista, sobre todo desde el punto de vista de la función judicial y su legitimidad. Este modelo sería mucho más fácil de aplicar, pues ni nos remite a una ponderación en abstracto, y en aquellos casos periféricos, escasos y raros, podrá seguir usándose el modelo basado en la ponderación ad-hoc, que deberá observar como punto de referencia los modelos generales, aun cuando los descarte (limitando de paso la arbitrariedad y discrecionalidad judicial).

Ello permitirá subsumir un hecho dentro de un concepto, o un concepto dentro de un concepto mayor⁸²³, pero estos ejercicios sólo ofrecerían una utilidad orientativa, que luego deberá ser corroborada atendiendo todas las circunstancias del caso, pudiendo ser, eventualmente, desplazados por otro criterio.

5.2.- Concepción universalista de la ponderación⁸²⁴

La concepción universalista de la ponderación se diferencia del particularismo principalmente por su creencia en la posibilidad de formular reglas, razonamientos y argumentaciones de general aplicación a partir de aquellos casos con características y soluciones similares, los que pueden ser utilizados, al menos en lo esencial, para resolver otros casos de las mismas características. Ello a su vez permitiría dotar a la actividad ponderativa de mayores niveles de racionalidad, certeza y control, mediante la subsunción del caso concreto a dichas reglas y a casos genéricos o “universales”, lo que presentaría múltiples ventajas.

La observación de la realidad da cuenta de que buena parte de los conflictos planteados pueden ser agrupado, atendiendo sus circunstancias más relevantes, en “casos tipo”. Gracias a ello, sería posible contar con un sistema de normas y principios válidos para la gran mayoría de los casos. En otras palabras, lo que el

⁸²³ Ibid., p. 170.

⁸²⁴ Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, pp. 90-98; y Robert ALEXY (2002), ob. cit., nota 384. Ver además Daniel MENDONCA, *“Los Derechos en Juego: Conflicto y Balance de Derechos”*, Tecnos, Madrid (2003); y José Juan MORESO (2002), ob. cit., nota 661, pp. 227-245. Este último autor, por ejemplo, llama a su modelo de ponderación corregida “especificacionismo”, y la presenta como un mecanismo que nos permite pasar de pautas con condiciones de aplicación abiertas a pautas con condiciones de aplicación cerradas, con las cuales se podría llevar a cabo un proceso de subsunción. MORESO propone un modelo basado en 5 etapas, que por razones de espacio no expondremos acá, pero que supone reconocer la existencia de elementos o propiedades relevantes, por medio de los cuales reconoce la existencia de casos paradigmáticos a los cuales sea posible aplicar una regla, y por tanto, la técnica de la subsunción.

universalismo plantea es que es posible crear un sistema de tipos o casos emblemáticos, en los que será posible englobar buena parte de la problemática de carácter ius fundamental. La construcción de estos “casos modelo” en que se funda el universalismo, requiere la creación y definición de un conjunto de nuevas piezas: los elementos jurídicamente relevantes de cada tipo genérico, que los caracterizarán y nos permitirán sostener que un caso pertenece a una categoría dada o no, además del conjunto de reglas que ofrezca soluciones a dichos casos. De este modo, si bien el caso concreto es utilizado para construir el caso genérico, lo que permitirá la toma de decisión serán las condiciones definidas como relevantes⁸²⁵. En esta elección de aspectos relevantes existirá también, inevitablemente, un componente intuitivo, subjetivo, personal. Ello podría llegar a relativizar las aspiraciones universalistas y racionales de este método⁸²⁶. Aunque no puede desconocerse que la presencia de estos elementos será menor que en un sistema estrictamente particularista.

La gran ventaja del universalismo es la simplicidad que ofrece para su aplicación y sobre todo para justificar las soluciones a las que se arriba. Podría incluso decirse que corresponde a un particularismo simplificado en torno a los casos centrales y recurrentes⁸²⁷.

5.2.1.- Críticas al universalismo

La crítica más radical que se realiza al universalismo nace del rechazo a la posibilidad de utilizar en la ponderación estructuras generales y procedimientos racionales predefinidos, como la subsunción de hechos o realidades a principios⁸²⁸. El trabajo ponderativo, debe provenir simplemente “de una adecuada *percepción y comprensión* de las circunstancias concretas del contexto en que se ubica la acción, sin que se puedan realizar generalizaciones”⁸²⁹.-En otras palabras, lo que se niega es la capacidad del mecanismo ponderativo para operar en base a criterios racionales, pero no la posibilidad de elaborar principios que contengan máximas de la experiencia o señalen los aspectos que “tienden a ser relevantes” en muchos casos⁸³⁰, por más que la solución final deba siempre venir de la evaluación de cada caso particular.

⁸²⁵ David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 180,

⁸²⁶ Si dichos elementos pudieran ser fijados (normativamente), la discrecionalidad sólo podría ser predicable del acto constitutivo, pero fuera de él se podría dar lugar a un procedimiento de mayor sustento racional.

⁸²⁷ MORESO pone la barrera en un lugar imposible de cumplir: “La única forma de huir del particularismo consiste en concebir una reformulación ideal de los principios, que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes”. José Juan MORESO, “*Conflictos entre Principios Constitucionales*”, en Miguel CARBONEL (ed.), “*Neoconstitucionalismos*”, Trotta, Madrid (2003), p. 115-116 (citado por David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 183). Según ello, estaríamos condenados al “particularismo”.

⁸²⁸ La crítica es formulada por Jonathan DANCY (1993), ob. cit., nota 813, p. 95.

⁸²⁹ David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 165 (las cursivas son nuestras).

⁸³⁰ Pero ambas tesis pueden defenderse en conjunto o en separado, y con diferentes niveles de intensidad y compromiso con ellas.

Se critica asimismo la simplificación de la realidad que supone, tanto en la creación de principios, como en la homologación de los casos o en la determinación del conjunto de circunstancias que pueden resultar relevantes en un caso dado⁸³¹. De hecho, la simplificación de la solución ofrecida por la vía de reducir y limitar los elementos relevantes puede empobrecer la descripción, por lo que se hace necesario considerar espacios de flexibilidad que sean capaces de corregir el modelo en presencia de casos especiales. Para ello, se pueden establecer excepciones y normas lo suficientemente elaboradas, como sucede por ejemplo en el derecho penal con los eximentes de responsabilidad, causales de justificación, atenuantes y agravantes que condicionan y flexibilizan la descripción del tipo⁸³². Un panorama similar nos ofrece la institución del *distinguishing*, propia del derecho británico, por medio del cual se puede dejar de aplicar una regla o un precedente cuando elementos relevantes del caso analizado lo hacen suficientemente diferente del caso contenido en la descripción previa que podría regularlo.

Así, los principios que por esta vía se establezcan siempre deben ser confrontables con *defeaters* o excusas, y ellos deben estar contenidos, al menos implícitamente, en los propios principios⁸³³.

5.2.2.- Respuestas a las críticas

Si bien es cierto que la flexibilidad del particularismo y su atención a las circunstancias de cada caso concreto permiten soluciones más justas y una mejor aplicación del derecho, presenta dificultades prácticas que lo hacen inaplicable sin correcciones.

El universalismo presenta una buena respuesta en este sentido, pero las soluciones que ofrece no son perfectas ni completas y ni siquiera estables.

Sin embargo, al menos ofrece un cauce que permitirá resolver una cantidad muy significativa de problemas, con resultados generalmente satisfactorios⁸³⁴. La misma aplicación del método y el desarrollo jurisprudencial irá permitiendo el perfeccionamiento de la técnica. Por tal razón, ninguna de las técnicas mencionadas parece suficiente por sí misma, ofreciendo al intérprete una amplia zona intermedia donde ambas podrán ser utilizadas. De este modo, los casos más sencillos y habituales podrán resolverse en base a criterios y razonamientos ya

⁸³¹ David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 212.

⁸³² El propio ALEXY sostiene que “las cláusulas de excepción introducidas en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables”. Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 100.

⁸³³ Si se considera como parte del derecho las normas morales y los condicionantes y en ese caso nunca habría “derrotabilidad” solo aplicación del derecho. O una derrotabilidad no en un sentido estricto, sino didáctico. Sólo serían derrotables las proposiciones normativas, nuestro conocimiento del derecho, ya que el derecho en cada momento es un conjunto de actos de creación normativa. David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 226.

⁸³⁴ Algunos autores confían que con el correr del tiempo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial será más amplio y fino, lo que volverá los cambios más escasos, permitiendo utilizar los criterios de los “casos generales”, y no el completo ejercicio ponderativo, en la gran mayoría de los casos. Luis PRIETO SANCHÍS (2005), ob. cit., nota 274, pp. 145-146.

utilizados, dejando un análisis más pormenorizado, detenido y específico para aquellos casos que presenten situaciones anómalas y donde la aplicación de un criterio general pueda ocasionar una respuesta injusta, lesiva o inconveniente.

5.3.- Posiciones intermedias

Entre ambas posturas pueden encontrarse una serie de posiciones intermedias, que valorarán y aprovecharán los aspectos positivos de ambas, y las corregirán en sus aspectos más débiles. En la práctica, ello es lo que hacen los Tribunales de Justicia cuyo trabajo ha sido estudiado en esta investigación. Por un lado, se reconoce los casos recurrentes y sus elementos típicos más relevantes, y se tienden a repetir las soluciones ya adoptadas. Sin embargo, en caso de que las circunstancias exijan un ejercicio ponderativo especial, se acepta cambiar la solución adoptada, recordando el carácter siempre único de cada caso. En suma, podríamos decir que si bien los casos son siempre únicos, hay algunos que en lo medular se asemejan lo suficiente como para ser tratados en forma similar. De esta manera, se reconoce el necesario carácter particular de la ponderación, pero se facilita su aplicación, su estudio y se favorece la confianza de la población en los criterios de los tribunales (seguridad jurídica)

6.- Aplicación de la técnica de la ponderación frente a un conflicto particular⁸³⁵

Si bien la ponderación puede utilizarse para evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de cualquier intervención pública de acuerdo a los valores y directrices establecidos por la Constitución, su máxima importancia práctica la ha mostrado como herramienta de análisis y legitimación de las decisiones judiciales que resuelven conflictos entre derechos de naturaleza constitucional. En los casos en que la aplicación de ambos parece incompatible, la ponderación nos permite resolver cuál de los derechos o principios en disputa debe preferirse. O dicho de otra manera, la ponderación es un mecanismo que nos permite comparar elementos en disputa, orientándonos en la forma de solución del mismo, luego de haber analizado las circunstancias específicas (fácticas y jurídicas) que en él incidían. Gracias a esta conexión con el contexto operativo, los principios ganan en su capacidad de generar justicia material, permitiéndonos armonizar los principios en colisión y permitir su coexistencia en el tiempo, sin privilegiar, al menos a nivel permanente, abstracto y normativo, ninguno por sobre otro⁸³⁶. De este modo, y de acuerdo a las condiciones y circunstancias, algunos criterios prevalecerán en un momento, y otros en otros.

⁸³⁵ Dentro de los autores que le dan soporte doctrinario al mecanismo, encontramos a Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55. También es interesante revisar el trabajo Carlos BERNAL PULIDO (2003), ob. cit., nota 286.

⁸³⁶ Como hemos ya explicado, el modelo considera que sólo en el caso particular habrá postergación de un principio, pero que en ningún caso ello permitiría generar una norma general.

Esta notable flexibilidad de los enunciados constitucionales, criticada por muchos, permite que incluso para los casos más complejos sea posible encontrar una solución específica y justa. Pero para que esta decisión sea percibida como tal, no basta con confiar en la capacidad y la prudencia del intérprete. Los criterios en que este funda sus decisiones deben tener legitimidad y corrección, tanto en el plano material como formal, y ser percibidos como tales por la comunidad. En caso contrario, los temores y acusaciones de arbitrariedad serán inevitables.

Asimismo, la ponderación supone derechos ya limitados en cuanto a su contenido (delimitación interna) y muchas veces a sus limitaciones impuestas legítimamente por vía legislativa, por lo que de alguna manera es un mecanismo al mismo tiempo esencial y característico de la lógica de los derechos fundamentales, y un mecanismo complementario a otros fórmulas de solución que en ocasiones pueden resultar más adecuadas⁸³⁷A su vez, las pretensiones racionales del sistema jurídico, y su necesidad de justificación, exigen que para lograr este objetivo normalmente sea necesario haber seguido determinadas reglas y etapas⁸³⁸, que analizaremos a continuación.

6.1.- Pasos o etapas del test de proporcionalidad (o test de ponderación)

Existe un consenso general en que la ponderación debe aplicarse por medio del principio de proporcionalidad, y que este, a su vez, supone un test de 3 etapas sucesivas, donde cada una es prerequisite del otro⁸³⁹.

De este modo, la acción analizada no se encontrará justificada ni permitida por el derecho si no satisface todas las exigencias de aplicación que cada uno de ellos

⁸³⁷ El Tribunal Constitucional Español (TCE) se ha referido a las reglas de la ponderación en la STC 120/1990, FJ 8, señalando que los derechos fundamentales sólo pueden ceder "...sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos..." (STC 11/1981, FJ 7; STC 2/1982, FJ 5; y STC 110/1984, FJ 5), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC 53/1986, FJ 3), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean "necesarias para conseguir el fin perseguido" (STC 62/1982, FJ 5; y STC 13/1985, FJ 2) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (STC 37/1989, FJ 7) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (STC 11/1981, FJ 10; STC 196/1987, FJ 4, 5 y 6; y STC 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse.

⁸³⁸ Si bien pone el acento en el método, la corrección que se alcanzaría con este método se centra también en lo material o sustantivo de la decisión, en su capacidad para generar justicia de acuerdo a los valores constitucionales.

⁸³⁹ El autor más destacado en estas materias es ALEXY. Una buena síntesis de sus propuestas puede verse en Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, pp. 81-115, aunque cabe destacar que no parece necesario compartir todos los postulados previos de ALEXY respecto a los principios o el derecho para compartir sus criterios de ponderación. El TCE ha desarrollado y aplicado esta técnica en forma constante (ver, por ejemplo, las STC 66/1995; y STC 55/1996). Un criterio similar es utilizado por la CEDH, como puede verse ampliamente en el capítulo dedicado al análisis de su jurisprudencia. Lo mismo puede observarse en la CIDH.

establecen: faltando cualquiera, la medida se declarará “desproporcionada” y por lo tanto, ilegítima.

Las tres etapas del test de ponderación son las siguientes⁸⁴⁰:

- 1.- test de idoneidad y adecuación⁸⁴¹;
- 2.- test de necesidad;
- 3.- test de proporcionalidad en sentido estricto.

6.1.1.- El test de adecuación e idoneidad

a.- El test de adecuación e idoneidad. Primera sub etapa: Adecuación

El primer paso del test de ponderación nos lleva a una cuestión elemental: preguntarnos si el fin buscado por el acto cuestionado está autorizado por la Constitución. Sin una respuesta positiva sobre este punto, no puede seguirse adelante con el ejercicio de ponderación⁸⁴².

La obviedad del asunto planteado por esta etapa podría hacerlo parecer absurdo, y en cierta forma lo es. Pero al menos nos permite poner sobre la mesa el problema de la prueba.

En efecto, al analizar actos de algunos organismos públicos, especialmente del legislativo, se ha sostenido que opera una especie de “presunción de constitucionalidad”⁸⁴³, que en la práctica llevará a que consideremos adecuado el ejercicio ponderativo realizado por el legislador⁸⁴⁴.

Si bien este planteamiento admite pruebas en contrario, ello ocurrirá sólo en los casos en que las infracciones sean más evidentes, dejando el peso de la prueba de

⁸⁴⁰ Así lo corrobora, correctamente a nuestro juicio, David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 239.

⁸⁴¹ Para algunos autores este principio podría dar pie a una etapa adicional y distinta, convirtiendo al mecanismo completo en un sistema de 4 etapas. Sin perjuicio de creer que ello es innecesario y de poco provecho (no se discute el contenido ni la mecánica de los procesos, sino sólo su numeración a la hora de clasificar), además sería irrelevante en la práctica, por cuanto al final las preguntas planteadas deberán superarse del mismo modo. Si alguna utilidad tuviera, es para poner énfasis en que se trata de una actividad valorativa diferente, como lo sugiere, por ejemplo.

⁸⁴² Carlos BERNAL PULIDO (2003), ob. cit., nota 286, p. 687. Desde alguna posición se podría decir que, en estricto rigor, los conflictos se producen sólo entre bienes constitucionalmente legítimos, pues en caso contrario ni siquiera habría un conflicto constitucional propiamente hablando.

⁸⁴³ Hay una razón adicional para sostener esta posición, y es la problemática y compleja situación que surgiría en caso de ser permitir a un Poder del Estado (Poder Judicial, a través del Tribunal o Corte Suprema o del Tribunal Constitucional) controlar y tener tuición y “veto” sobre otro Poder (Legislativo), máxime cuando éste ha sido elegido democráticamente.

⁸⁴⁴ Carlos BERNAL PULIDO (2003), ob. cit., nota 286, p. 687; Luis PRIETO SANCHIS, “*El Juicio de Ponderación*”, en “*Justicia Constitucional y los Derechos Fundamentales*”, Trotta, Madrid (2003), p. 199 y ss.; Luis PRIETO SANCHIS (2005), ob. cit., nota 274, p. 149 y ss.). Creemos que en general la posición del juez se parece más a la de los actores privados, que no se encuentran legitimados para restringir los derechos establecidos constitucionalmente, lo que los obliga a actuar con especial cautela al respecto.

la inconstitucionalidad sobre quien lo cuestione. Sin esta presunción, la autonomía del poder legislativo frente al poder judicial (especialmente constitucional) se vería severamente restringida, pudiendo afectar incluso la vigencia del principio democrático.

En cambio, cuando los que pretendan restringir, postergar, o afectar de cualquier manera un bien o derecho de rango constitucional sean actores privados, la presunción será a favor de la resistencia del derecho, por lo que su actuación deberá estar muy justificada, siendo capaz de señalar su coherencia con un fin claramente consagrado por la constitución. Analizaremos más en detalle esta posibilidad cuando lleguemos al elemento 3.

b.- El Test de adecuación e idoneidad. Segunda sub etapa: Idoneidad

Sabiendo ya que lo buscado está amparado por la Constitución, se debe analizar si la medida propuesta es capaz de alcanzar el objetivo constitucional deseado, completando la operación arriba señalada.

La respuesta a esta interrogante deberá ser positiva o negativa. Otra cosa diferente, y posterior desde el punto de vista del análisis acá propuesto, será evaluar, a priori o a posteriori, el grado con que la medida podía satisfacer el objetivo buscado⁸⁴⁵, es decir, su verdadera aptitud, efectividad y eficacia.

Serán pocos los casos donde una acción propuesta (el sacrificio de un bien en beneficio de la primacía de otro que se considera más importante) no tenga ninguna aptitud para contribuir al objetivo constitucional que se persigue⁸⁴⁶. Por ello, salvo casos de propuestas o situaciones absurdas, la operación seguirá hasta la etapa siguiente⁸⁴⁷.

6.1.2.- El test de necesidad (alternativas más benignas)

Antes de comenzar con la segunda etapa del test de ponderación, debemos recordar que este supone una concatenación de etapas, a través de las cuales se avanza hacia mayores requisitos, donde cada etapa es también *conditio sine qua non* de la que le sigue.

Por ello, habiendo verificado que el acto en disputa ha superado el test de idoneidad (es decir, que lo disputado está permitido por la constitución y su

⁸⁴⁵ Este análisis será el de mayor complejidad, porque las múltiples causalidades que enfrenta una situación de la vida real, hace más difícil consensuar un juicio al respecto. Por ejemplo, podemos calificar las medidas con fórmulas como “muy adecuado”, “suficientemente adecuado”, “algo adecuada”, la “más adecuada”, “poco adecuada”, etc., todos elementos que por su propia naturaleza serán de difícil consenso para determinar en qué medida contribuye una acción o elemento a la obtención de un fin determinado.

⁸⁴⁶ Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 28.

⁸⁴⁷ Lo mismo vale para analizar de medidas adoptadas por el legislador u otros organismos públicos. Puede verse que el interés de esta sub etapa es más bien teórico, ya que ofrece pocas resistencias.

realización permite realizar dicho objetivo), corresponde pasar a la segunda etapa o test de necesidad.

Básicamente con él se busca saber, también con un “sí” o con un “no”, si la medida estudiada tenía alternativas menos restrictivas para los otros derechos o valores constitucionales que afecta.

La aplicación de este test podría dar aplicación a divagaciones interminables, lo cual evidentemente no es su objetivo. Pero evidentemente deberemos rechazar una acción que perseguía un objetivo constitucionalmente idóneo, si es que está claramente pudo haber sido realizado recurriendo a alternativas disponibles que resultaran menos dañosas, dentro de la gran balanza y contabilidad de los bienes y valores jurídicos de un sistema⁸⁴⁸.

Dada la complejidad de este análisis, y su imposibilidad de arribar a respuestas categóricas y de consenso general, salvo en casos de notoria inadecuación, y no existiendo alternativas que hagan ver la medida adoptada como claramente absurda e irracional frente a ellas, el “test” se debe considerar superado⁸⁴⁹.

Por otro lado, y tal como sucedía en la etapa anterior (adecuación o idoneidad), para evaluar las acciones del legislador y otros organismos públicos, deberá presumirse que la alternativa elegida es necesaria, recayendo el peso de probar lo contrario en quien lo alegue.

6.1.3.- El test de proporcionalidad propiamente tal (análisis de costos y beneficios)

Superadas las dos etapas anteriores, estamos en condiciones de analizar la proporcionalidad propiamente tal, que supone evaluar si los beneficios asumidos son mayores que los costos. Esta actividad es la más relevante como actividad de balanceo, por lo cual recibe el nombre de “test de proporcionalidad propiamente tal”.

En los pasos anteriores, hemos verificado que el objetivo buscado encuentra espacio al amparo de la constitución, que la medida propuesta permite alcanzar

⁸⁴⁸ El propio ALEXY hace referencia al “óptimo de Pareto”. Robert ALEXY (2002), ob. cit., nota 384, p. 29.

⁸⁴⁹ La doctrina y la jurisprudencia uniformemente han entendido que estos principios no pueden ni deben aplicarse en forma rígida, matemática, absolutista, pues ello llevaría a resultados absurdos. Por tanto, para dar por superada la prueba, basta que no sea factible o razonable la aplicación de una medida más benigna, o que no sea claramente más benigna. Lo que sí resultará necesario será descartar los sacrificios excesivos, obvios, desmedidos, claramente innecesarios (STC 55/1986). Del mismo modo, si las alternativas son poco viables, difíciles de implementar, riesgosas, excesivamente costosas, o pudieren afectar bienes intangibles como la confianza pública o institucional, pueden ceder ante otra alternativa más simple y realista, pero a la vez más gravosa desde el punto de vista de los derechos. David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 243. El mismo autor pone como ejemplo el siguiente: Comunicar información veraz es un objetivo protegido constitucionalmente, pero no lo es el hacerlo mediante insultos, sobre todo si es posible hacerlo por medios menos gravosos para el derecho a la honra. Por tanto, la expresión por medio de insultos no satisfará este requisito y deberá ser rechazada, como ha declarado consistentemente la jurisprudencia constitucional española).

dicho objetivo, y que de entre las medidas disponibles no hubiese alternativas que claramente causara menos daños al sistema de derechos. Por tanto, solo resta saber si esa medida, ya cualificada, nos da más beneficios que los daños que irroga, y por lo mismo, resulta ajustada al ordenamiento constitucional.

Como puede verse, en su descripción el método es sencillo y quizá excesivamente procedimental. Cuando estamos frente a una situación que nos exige optar entre dos bienes, frustrando al menos uno de ellos y las expectativas asociadas de alguna de las partes, sólo podremos elegir aquella solución que permite que lo que se privilegia sea mayor que lo que se sacrifica.

De esta manera, para que la medida perseguida se considere ajustada a derecho, el daño al principio postergado debe por un lado, asegurar la prevalencia del derecho preferido, y al mismo tiempo ser el mínimo posible⁸⁵⁰, atendidas las circunstancias del caso.

Este razonamiento nos recuerda la similitud de este mecanismo con muchas de las lógicas de tomas de decisiones presentes en la vida diaria de cualquier persona o institución⁸⁵¹, y supone reconocer que muchas veces no será posible tomar medidas neutras y que no impliquen algún tipo de sacrificios y costos⁸⁵².

Para lograr este objetivo, ALEXY señala que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁸⁵³, agregando que “cuanto más intensa sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”⁸⁵⁴.

Algunos autores han señalado que el principio de proporcionalidad puede entenderse como una versión depurada del juicio de razonabilidad, el cual constituye “el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional... que representa el método característico para la aplicación de las genuinas normas constitucionales, y

⁸⁵⁰ Ibid., p. 239. Araceli MANGAS señala que en la jurisprudencia internacional puede observarse que se deben respetar los límites de lo adecuado y necesario para la protección del derecho, por lo que cuando sea posible elegir entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos poderosa, y que lo obtenido no debe ser desproporcionado con respecto a los objetivos buscados. Araceli MANGAS (2008), ob. cit., nota 80, p.834.

⁸⁵¹ Carlos BERNAL PULIDO (2007), ob. cit., nota 15, p. 289 y ss. y p. 319.

⁸⁵² La generación de daños a bienes jurídicos protegidos, realizado para buscar o preferir un objetivo más valioso, aparece como una posibilidad ajena a uno de los considerados principios centrales del Derecho: no provocar daño. Por lo mismo, aceptar esta posibilidad nos parece clave para entender el derecho contemporáneo. “No se puede descartar la posibilidad teórica, que prácticamente se ha constatado en la realidad, de que al ejercer un derecho se lesione o se ponga en peligro de lesionar el derecho de un tercero”. Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), ob. cit., nota 144, p. 594.

⁸⁵³ Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 161.

⁸⁵⁴ Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 55.

BILBAO UBILLOS propone utilizar dos criterios adicionales a la hora de ponderar: 1.- proteger más intensamente a la parte más débil. 2.- Considerar que la eficacia vinculante es más intensa cuando esté involucrada la dignidad humana. Juan María BILBAO UBILLOS (1997), ob. cit., nota 145, pp. 368-370 (citado por Tomás DE DOMINGO (2011), ob. cit., nota 6, p. 123).

muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad”⁸⁵⁵. De esta forma, la proporcionalidad es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional⁸⁵⁶, lo que una vez más se releva la necesidad de dar justificación racional de cada decisión⁸⁵⁷.

7.- Problemas y críticas observables en la aplicación operativa de la técnica de ponderación

Pese a su simplicidad conceptual, en la ejecución práctica del método nos enfrentaremos a muchas dificultades: la selección de los elementos que se evaluarán, la atribución de peso o valor a los factores de “costo y beneficio”, la evolución y predicción de los resultados, etc. Careciendo de un instrumental capaz de entregarnos resultados objetivos y universales, a la postre, el criterio más relevante para “ponderar” o “balancear” será necesariamente subjetivo⁸⁵⁸.

Sin embargo, ello no nos impide hacer un intento por estructurar este desafío, buscando aumentar su objetividad al menos en alguna medida. Ello nos permitirá ofrecer al intérprete algunos elementos de justificación que deberá revisar y considerar a la hora de justificar su decisión, mejorando la calidad de la misma⁸⁵⁹.

Con éste propósito, ALEXY, por ejemplo, sugiere clasificar o graduar los costos y beneficios de cada situación, utilizando, los criterios de “alto”, “leve” o “bajo”⁸⁶⁰. Luego, reducidas las opciones a sólo tres variables cuantitativas, comparar matemáticamente el daño y el beneficio pareciera ser más sencillo⁸⁶¹.

Pero nuevamente nos enfrentaremos al problema de que para la asignación de peso a cada principio y a cada circunstancia, así como la medición de la gravedad de la interferencia realizada en el derecho postergado, no contamos con instrumental objetivo, ni menos aún independiente y externo a los propios observadores⁸⁶².

⁸⁵⁵ La racionalidad esta exigida por el artículo 9.3 CE, que prohíbe “la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁸⁵⁶ Luis PRIETO SANCHÍS (1990), ob. cit., nota 195, p. 139 y ss.

⁸⁵⁷ Albert CALSAMIGLIA, “Sobre El Principio De Igualdad”, en MUGUERZA y otros, “El Fundamento de los Derechos Humanos”, Debate, Madrid (1989), p. 109; además, Francisco RUBIO LLORENTE (1991), ob. cit., nota 342, p 30 y ss.

⁸⁵⁸ Queremos volver a reiterar que es probable que en muchos casos la solución sea evidente, y quizá ellos puedan constituir la mayoría. En ellos, lo que se alegrará será la evidente desproporción entre los bienes o principios en juego, siendo uno claramente más relevante que el otro. Pero ello no nos privará de enfrentarnos a otros donde la solución del caso será muy difícil.

⁸⁵⁹ Quizá todo el método de ponderación no sea un intento en este sentido.

⁸⁶⁰ Desgraciadamente ALEXY no dijo nada (o no pudo decir) cómo medir esos impactos.

⁸⁶¹ Por la forma en que lo plantea, es posible que haya en este planteamiento un ánimo didáctico antes que un compromiso definitivo con el método sugerido. Su método es sencillo, no tiene pretensiones de precisión y se puede utilizar con una lógica intuicionista, arbitrara o racional de cualquier tipo. Desde ese punto de vista, el sistema es universal, y ofrece un mecanismo general de justificación que al menos pone ciertos requisitos de consistencia, transparencia y formalidad al intuicionismo. En ese sentido, el esfuerzo es loable.

⁸⁶² La lógica del juez imparcial podría considerarse como un paso adelante significativo en este sentido. Con este solo elemento, el sistema de derecho podrá garantizarnos que esta ponderación

En este escenario, y cualquiera sea el método utilizado, para evaluar la interferencia tendríamos que identificar cuál de los múltiples elementos que interactúan se considerarán como afectados, procediendo a medirlos y compararlos. En muchas ocasiones, los criterios utilizados serán aceptados en forma colectiva y permitirán simplificar la tarea de observar y ponderar cada caso concreto⁸⁶³, facilitando la toma de decisiones y dándole legitimidad. Pero es evidente que seguirán existiendo los casos donde será imposible hacer un razonamiento como el sugerido⁸⁶⁴, o al menos haciéndolo pacíficamente. A ello debemos sumar las situaciones donde la utilización del mecanismo planteado por ALEXY produzca un “empate”, aun posible recurriendo a una escala más sofisticada.

Para muchos, las dificultades de implementación de la ponderación lo único que muestran es que cualquier alternativa podría cumplir con las exigencias arriba expuestas, dando al juez y el legislador amplia libertad para interpretar y limitar derechos. Del mismo modo, el control que pueda haber sobre estas acciones, tampoco se sustentará sobre una base racional demasiado sólida, constituyendo sólo un control arbitrario que limita las posibilidades de control sobre otro sistema de toma de decisiones sin base objetiva⁸⁶⁵.

La problemática de esta mecánica puede verse en forma más notoria a través de los casos en que ha sido aplicada⁸⁶⁶.

Uno de los más citados es el relativo a la Revista Titanio, publicación alemana que creyendo hacer ejercicio legítimo de su libertad de expresión, llamó “asesino nato” y “tullido” a un oficial de reserva que era parapléjico. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar 12.000 marcos alemanes al oficial aludido, la que fue reclamada ante el Tribunal Constitucional. Éste, a su vez, consideró que “asesino nato” era una interferencia moderada o leve en el honor del oficial, mientras que la multa era una interferencia grave en la libertad de expresión. Sin embargo, consideró que “tullido” era una interferencia gravísima (ALEXY no considera esta categoría) en el derecho al honor, por lo que se imponía sobre las demás y justificaba la multa.

La sentencia, a ratos *graciosa*, muestra toda la complejidad, dificultad y subjetividad de las categorías en su uso específico y en la formación de sus soluciones. Incluso pareciera que el Tribunal tomó la decisión de fondo en forma previa, recurriendo

no sea hecha por los mismos involucrados, o lo que es peor, por el que sea más poderoso entre ellos. Ello es un logro crucial en el desarrollo del derecho.

⁸⁶³ Evidentemente sería posible establecer numerosos subniveles y construir una escala mucho más compleja y matizada, pero ello sería más difícil de consensuar y de administrar, haciéndolo inviable como propuesta de aplicación real. En general, creemos que complejizar la problemática será un paso atrás, una sofisticación inútil. La herramienta ofrecida ya nos parece suficientemente sencilla y valiosa.

⁸⁶⁴ Por ejemplo, en todos los casos en que la valoración hecha por dos observadores de los daños o restricciones sea diferente.

⁸⁶⁵ DE OTTO es crítico en este punto, señalando que “la limitación de las libertades a partir de las libertades sólo es posible mediante una ponderación de valores en la que cualquier postura puede sostenerse”. Ignacio DE OTTO (1988), ob. cit., nota 564, p. 117.

⁸⁶⁶ A modo de ejemplo, ver la STC 15/1993, FJ 1. En el capítulo dedicado a la libertad de información y sus límites pueden encontrarse numerosos ejemplos adicionales desarrollados.

incorrectamente a un modelo general para justificarla (se podría decir que utilizó el modelo de manera creativa o relajada).

Este tipo de casos, a nuestro juicio, muestran la dificultad de contar con mecanismos permanentes que nos permitan arribar a soluciones claras, objetivas, fácilmente compartidas. Ello refuerza la tesis intuicionista de la solución de controversias de contenido constitucional, y de los importantes esfuerzos que se siguen haciendo para disfrazarla de racional, o al menos, para permitir una justificación racional de las decisiones tomadas.

Las críticas al mecanismo ponderativo son múltiples y variadas, y sería imposible hacer referencia a todas ellas en este trabajo. Sin embargo, queremos terminar exponiendo dos líneas argumentales críticas a este mecanismo.

La primera, planteada por ALDUNATE señala que la ponderación el dejar al operador jurídico en el mismo lugar donde el problema se plantea, es decir, frente a la obligación de justificar normativamente la preferencia que ha realizado, en circunstancias en que el texto constitucional no le da suficientes criterios para realizar esta operación en forma objetiva y racional. Ello lo obligaría a recurrir a elementos que se encuentran fuera del ordenamiento jurídico, y que muchas veces serán subjetivos⁸⁶⁷.

La segunda, es planteada por GARCÍA AMADO⁸⁶⁸, que demostraría, en base a los mismos ejemplos planteados por ALEXY, que “lo relevante en el juicio de idoneidad no es el juicio de adecuación fáctica de la medida al fin perseguido, sino la elección de determinado fin, como perseguido, para realizar dicho juicio, cuestión que queda absolutamente a discreción del intérprete”⁸⁶⁹.

Continúa ALDUNATE comentando el trabajo de GARCÍA AMADO afirmando que “en el caso del análisis de la necesidad, el quid de la cuestión estaría radicado, por un lado, en los valores o principios que se escogen para enfrentar las correspondientes alternativas que son incluidas o, más relevante aún, excluidas del análisis comparativo para llegar a demostrar que la afectación emprendida es necesaria. Ambas elecciones (decidir confrontar la libertad de expresión con el derecho a la salud y no con la libertad empresarial, por ejemplo; o bien afirmar que no se observan otras posibilidades para lograr el fin perseguido, evitando considerar alternativas racionales, como por ejemplo prohibir la publicidad del tabaco para disminuir las enfermedades asociadas al consumo, antes que imponer la carga de avisar su efecto dañino en la salud) quedan entregadas a la plena libertad del intérprete y exentas de deber de justificación alguna.

Finalmente, señala que GARCÍA AMADO demuestra cómo el supuesto método ponderativo puede ser sencillamente aplicado como una clásica operación interpretativa de atribución de significado a términos en zona de penumbra de significado⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, pp. 96-97.

⁸⁶⁸ Juan Antonio GARCÍA AMADO (2007), ob. cit., nota 787.

⁸⁶⁹ Las referencias a GARCÍA AMADO en esta parte las hemos tomado de Eduardo ALDUNATE LIZANA (2010), ob. cit., nota 3, pp. 96-97.

⁸⁷⁰ Ídem.

8.- Un mecanismo complementario a la ponderación: La jerarquización como forma de resolver conflictos entre derechos fundamentales

Otra de las formas que permiten solucionar los conflictos entre derechos fundamentales se funda en la posibilidad de establecer criterios de superioridad entre ellos, es decir, jerarquías. Ellas permitirán, en caso de conflicto, determinar cuál derecho debe primar y cuál deberá ceder, y dependiendo de las circunstancias que se señalen, en qué medida deberá hacerlo.

Las jerarquías entre derechos pueden ser establecidas en forma previa y permanente, o en forma particularista, de acuerdo a una política de casos. Esta segunda fórmula dará lugar a una jerarquía móvil o dinámica, también llamada “prima facie”. Para establecer la prioridad de un derecho frente a otros, el elemento más significativo estará dado por la propia importancia material del derecho protegido, en comparación con los demás. Por otro lado, el diseño constitucional pueden darnos indicios de esta relevancia relativa o genérica, mediante ciertos elementos que diferenciadores e indicativos, como por ejemplo su exigibilidad directa, las acciones cautelares que ofrecen, su quórum reforzado para la reforma, la existencia de excepciones explícitas y permanentes, o incluso su propia ubicación en el catálogo de derechos establecidos en el instrumento de que se trate.

8.1.- Jerarquías abstractas o rígidas

La posibilidad de contar con un sistema que establezca una jerarquía permanente y rígida entre los derechos, resulta inicialmente atractiva por su simplicidad y por la certeza que sería capaz de ofrecer. Pero presenta problemas de tan grueso calibre que la hacen indefendible como regla general, siendo poco seguido hoy en día⁸⁷¹ Si bien es cierto que generalmente el derecho a la vida se presentará como superior al medioambiente, la propiedad y a muchos otros⁸⁷², podremos también construir u

⁸⁷¹ Por todos, ver ALEXY, quien considera “inaceptable un orden de jerarquía abstracto de valores de derecho fundamental”. Robert ALEXY (1993), ob. cit., nota 55, p. 153.

⁸⁷² Tanto es así que una jerarquía que sólo ofreciera este tipo de soluciones también sería de poca utilidad, por superflua.

Sin embargo, es necesario señalar que muchos autores establecen al menos grandes grupos de derechos, donde los llamados derechos de la personalidad priman, por ejemplo, por sobre los derechos patrimoniales. En este sentido se pronuncia LARENZ al señalar que en primer lugar debe resolverse si “(...) según el “orden de valores” contenido en la Ley Fundamental, se puede establecer una clara prelación valorativa de uno de los bienes aquí en cuestión frente al otro. Habrá que decir sin vacilar que, a la vida humana, y asimismo a la dignidad humana, corresponde un rango superior a otros bienes, en especial a los bienes materiales. El Tribunal Constitucional Federal otorga claramente una prelación valorativa, incluso frente a otros derechos fundamentales, a los derechos a la libertad de opinión y a la libertad de información, a causa de su “significación” (...) para la colectividad democrática. Pero en la mayoría de los casos, se tratará, o bien de derechos de igual rango (...) o de bienes cuya disparidad excluye la comparación abstracta”. Karl LARENZ (1994), ob. cit., nota 625, p. 408.

observar una lista muy grande de situaciones donde la supremacía de uno derecho u otro será problemática, y donde la rigidez amenazaría con llevarnos a casos y soluciones absurdas. Ello sucede por ejemplo en los conflictos entre privacidad, honor y libertad de expresión, o cuando la jerarquía de los derechos se analiza en la riqueza y complejidad de los casos concretos. Por otro lado, establecer un “ranking de derechos” sería un asunto extraordinariamente problemático⁸⁷³, tanto desde un aspecto material como procedimental. Incluso en el caso que esta priorización fuera hecha por el legislador, no podría decirse que este es definitivo, pues implicaría la postergación permanente de un derecho en beneficio de otro, lo que resulta cuestionable desde un punto de vista dogmático (relativo a la lógica de los derechos), funcional y de las facultades del legislador, que por esta vía se estaría atribuyendo una facultad constituyente. Ello parece especialmente inadecuado siendo claro que la carta fundamental nada ha dicho al respecto, o más bien, cuando de este modo ha declarado la igual jerarquía y la misma protección de todos los derechos protegidos⁸⁷⁴.

Por tanto, las jerarquías establecidas en sede legislativa, e incluso las señaladas en los textos fundamentales⁸⁷⁵, sólo deben ser consideradas como un llamado de atención frente a la especial resistencia de un derecho a su limitación o afectación, que podrá ser utilizado como argumento a la hora de realizar un ejercicio de ponderación, que siempre será necesario.

Si la jerarquía establecida no responde a criterios objetivos, racionales y masivamente aceptados -que hasta donde conocemos, no existen, y que si existieran no permitirían siquiera plantear el problema de la colisión de derechos- cualquier priorización no será otra cosa que una exteriorización de gustos y preferencias personales o de grupo, o lo que es peor, una transacción o compromiso entre distintas posiciones⁸⁷⁶. Ello sería un ejercicio de poder, pero en ningún caso un parámetro de justicia material o una posición fundada en el consenso, por lo que debe ser descartado, aun cuando nos permita disponer un criterio de solución de conflictos constitucionales permanente y conocible de antemano. Otro problema de las jerarquizaciones de derechos establecidas en forma abstracta, anticipada y permanente es que condicionaría la vigencia de los mismos a la entrada en escena, en cada caso particular, de otros derechos de mayor

En un sentido similar, José María DESANTES y Carlos SORIA, *“Los límites de la Información: La Información en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 Primeras Sentencias”*, Asociación de la Prensa de Madrid (1991), pp. 66-67.

⁸⁷³ En Chile hubo jurisprudencia (hoy abandonada y duramente criticada) que se manifestó en este sentido, privilegiando la protección del honor antes que la libertad de expresión e información, incluso en casos que afectaban a políticos y personajes públicos. Estas interpretaciones fueron cuestionadas posteriormente por la CIDH, como puede verse en el capítulo pertinente (ver especialmente los casos de “Impunidad diplomática” y “la última tentación de cristo”).

⁸⁷⁴ Lo que si sería posible, aunque muy difícil, según GUAISTINI, es establecer una jerarquía permanente, señalando que siempre un principio deberá triunfar sobre otro (por ejemplo, la libertad de prensa sobre la privacidad). Riccardo GUAISTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 90.

⁸⁷⁵ Por ejemplo, la Convención Americana lo hace al prohibir en modo “absoluto” la censura previa, al menos para algunos autores.

⁸⁷⁶ BERNAL PULIDO señala que siempre que hablamos de peso abstracto, no estamos remitiendo a las consideraciones ideológicas de quien hace la jerarquización. Carlos BERNAL PULIDO, *“Estructura y Límites de la Ponderación”*, Doxa, No. 26 (2003), p. 235.

jerarquía, que podrán operar como “ases de triunfo”. Ello implicaría el desarrollo de diferentes categorías de derechos (preferente, de segunda o tercera clase, o incluso, los que siempre quedarán de lado en cuanto apareciera otro derecho al que pudieran afectar), cuando la definición de los mismos es igualitaria y de idéntica jerarquía y valor abstracto⁸⁷⁷.

Algunos autores han propuesto como alternativa la ponderación de valores constitucionales y otros elementos relevantes, pero no de derechos. Sin embargo, creemos que ofrece los mismos problemas arriba señalados, y solo logra poner de relevancia una aspiración ideológica que busca resaltar el elemento “bien” como antecedente y justificación al de “derecho” consagrado jurídicamente⁸⁷⁸.

Por otro lado, se ha señalado que detrás de los intentos de jerarquización de derechos lo que realmente se esconde es una valoración de actos que contribuyen a su protección o los lesionan⁸⁷⁹. Por tanto, la jerarquización obedecería a la construcción de un modelo general paradigmas de general aplicación (vida sobre conciencia), construida y utilizada por razones pragmáticas o didácticas, pero desde la casuística y valorización de acciones, no al revés.

Una excepción a esta regla podría ser la doctrina de los derechos preferentes (*preferred freedoms*), desarrollado por el derecho anglosajón y especialmente el americano, y parcialmente asimilado por la europea. Ella generalmente se asocia a la valoración de la libertad de expresión (primera enmienda de la Constitución americana) como uno de los pilares de la democracia, y por tanto, como un requisito institucional indispensable para la existencia de todos los demás derechos, por lo que no admitiría ningún tipo de restricción. Por ello, cuando entra en conflicto con otros derechos, debe primar, aunque dejando claro que la causa de su preferencia no tiene relación con su mayor peso en cuanto a derecho subjetivo en relación a los derechos de otras personas (en este sentido no sería una jerarquía verdadera), sino en el hecho de que independiente con quien o cómo colisione en el plano relacional, es un elemento constitutivo del modelo político, y por lo tanto, no es afectable. La doctrina de las libertades o derechos preferentes podría ser vista como un modo particular de jerarquización incompleta o de jerarquización sui generis y limitada. Pero en la práctica, no tiene seguidores, e incluso quienes la han

⁸⁷⁷ CASTILLO CÓRDOVA realiza una crítica más amplia a esta situación, que incluye tanto a las jerarquizaciones abstractas como móviles, pues ellas traerían como consecuencia “(...) la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Esto significará que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado. De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos”. Luis Fernando CASTILLO CÓRDOVA, “¿Existen los Llamados Conflictos entre Derechos Fundamentales?”, Cuestiones Constitucionales, No. 12 (2009), p. 107.

⁸⁷⁸ Fernando TOLLER, “Jerarquía de Derechos, Jerarquía de Bienes y Posición de la Vida en el Elenco de los Derechos Humanos”, Lexis Nexis, N°0003/01247, pp. 5-7.

⁸⁷⁹ ORREGO SANCHEZ señala que “lo que hace plausible las jerarquizaciones entre derechos es, a mi modo de ver, la distinción implícita entre tipos de actos que normalmente constituyen el ejercicio o la conculcación de esos derechos (...) de ahí la intuición de que el derecho a la vida, conculcado por un asesinato, es superior a la libertad de conciencia”. Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (2010), ob. cit., nota 275, p. 329.

planteado en forma más radical admiten su posibilidad de derrota en determinadas circunstancias, por lo que el carácter de “preferente” no sería más que un recurso retórico para señalar su carácter “fuerte” y resistente a la limitación, que evidentemente compartimos⁸⁸⁰.

8.2.- Jerarquías *prima facie* o móviles⁸⁸¹. Una consecuencia de la técnica de la ponderación aplicada a la resolución de conflictos de naturaleza constitucional

Hemos asumido que en asuntos constitucionales tendremos que utilizar un sistema de solución de conflictos y colisiones normativas diferente al utilizado en otras áreas del derecho.

De acuerdo a éste, frente a un conflicto de colisión de derechos (real o aparente), la prevalencia del derecho dependerá antes del *peso específico* que se le atribuya en cada caso, y no de una operación subsuntiva abstracta realizada en base a un sistema normativo previamente definido.

Lo recién señalado implica reconocer que en materia constitucional no nos será posible dar respuestas previas y estables respecto a la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales, obligándonos a construir un sistema cambiante e impredecible, difícil de administrar y de comprender por partes de los actores sociales que reclaman, para la vida cotidiana, normas claras y precisas. Las principales críticas a la ponderación, como hemos visto, provienen de esta situación, y de su apertura a la discrecionalidad judicial y al casuismo.

Esta distinción, que analizaremos en las páginas siguientes, tiene grandes implicancias prácticas, derivadas de su diferente forma de interpretarse y aplicarse, y por lo mismo, de generar derecho (sentencias, disposiciones normativas, etc.). Dada que la importancia de la jerarquización en la actualidad está principalmente definida por el modelo de jerarquía móvil o *prima facie*, desarrollaremos a continuación algunas propiedades del modelo. Junto a lo dicho más arriba en relación a la jerarquía abstracta o rígida, podremos tener una mirada más comprensiva de la jerarquización como técnica de interpretación constitucional, al mismo tiempo que situarla donde hoy tiene su operatividad efectiva: dentro de la lógica interpretativa de la ponderación.

Para sortear la rigidez de las jerarquizaciones rígidas, desde muy temprano se ha planteado la posibilidad de establecer jerarquías *prima facie* o móviles. Aunque en estricto rigor ambos conceptos no son equivalentes⁸⁸², ambas pueden ser vistas

⁸⁸⁰ Para un mayor desarrollo ver capítulo sobre libertad de expresión.

⁸⁸¹ La primera expresión corresponde a ALEXY, mientras que la segunda a GUASTINI. Riccardo GUASTINI, *“Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho”*, Barcelona, Gedisa (1999), p. 170.

⁸⁸² A nuestro juicio, la diferencia entre ambas expresiones es que la de jerarquía *prima facie* enfatiza la posibilidad de establecer jerarquías relativizables (ALEXY señala que la imposibilidad de establecer jerarquías abstractas entre derechos nada dice contra la ponderación ni contra la posibilidad de órdenes más “blandos”. Mientras la de jerarquías móviles o dinámicas pone el acento en la indeterminación y relatividad que caracteriza, al menos conceptualmente, al derecho

como una consecuencia natural del modelo ponderativo⁸⁸³, parcialmente simplificado por la vía de reconocer la existencia de casos paradigmáticos y de general ocurrencia, pero modificables según cada realidad.

Dicho de otra manera, aun cuando el proceso interpretativo y ponderativo deba realizarse sobre casos particulares y únicos, es evidente que en la práctica habrá muchos casos similares en sus aspectos principales, en los cuales será altamente posible anticipar, con un relativo margen de certeza, que una solución previamente adoptada para otro caso similar, será también aplicable. Lo mismo valdrá para el procedimiento aplicado y su justificación. Por ello, Peces Barba señala que si bien la ponderación es el cauce para establecer el derecho preferido en el caso concreto, “una reiteración de soluciones similares puede llevar a la afirmación general de un derecho preferente entre dos”⁸⁸⁴.

De esta manera, se reducen significativamente las críticas de falta de previsibilidad, inseguridad y casuismo de que ha sido objeto este modelo, al mismo tiempo que se da mejor cuenta de su operatividad real, donde muchos casos serán tratados en la misma forma y donde coincidirán los criterios *prima facie* con los definitivos. Ello permite mantener el necesario énfasis en la posibilidad y pertinencia de revisar cada caso de acuerdo a sus circunstancias específicas y particulares.

GUASTINI aclara el significado de las jerarquías axiológicas o móviles, señalando que ellas corresponden a una relación de valor creada por el juez constitucional y no por el derecho mismo (como si lo es la jerarquía de las fuentes o las prelación para el pago en caso de quiebra). Por este acto, el juez asigna o atribuye a uno de los principios en juego, siempre en el caso concreto, mayor valor e importancia ético-política que al otro⁸⁸⁵, de manera que se impone sobre el otro, que no se aplica, pero que tampoco se deja de lado, en el sentido de derogado o invalidado (como si ocurriría con los criterios de ley posterior o les específica). Esta construcción permite que el principio siga estando disponible para ser aplicado en otras controversias⁸⁸⁶.

Por ello, siempre será necesario distinguir siempre entre un juicio *prima facie* y un juicio definitivo, pues la misma conducta puede ser tanto expresión de un derecho como lesiva de algunos interés protegidos, justificando, al mismo tiempo, su protección y su prohibición. Este problema sólo podrá ser resuelto por la vía de la ponderación que se realice, considerando todas las circunstancias particulares del caso, o al menos, sus cualidades relevantes.

Por otro lado, esta solución permite incorporar las posturas que plantean una cierta superioridad ontológica de algunos derechos, que por lo mismo, en general

moderno. Sin embargo, ambas se refieren a la misma realidad. Robert ALEXANDER (1993), *ob. cit.*, nota 55, p. 156-157.

⁸⁸³ GUASTINI señala que “construir una jerarquía axiológica (de valores) entre los principios en conflicto es algo inevitable: no existe otra manera de resolver el conflicto”. Riccardo GUASTINI (2010), *ob. cit.*, nota 24, p. 90.

⁸⁸⁴ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995), *ob. cit.*, nota 144, p. 595.

⁸⁸⁵ “El juez se limita a valorar “la justicia” de las consecuencias de la aplicación de uno o del otro principio en el caso concreto. Riccardo GUASTINI (2010), *ob. cit.*, nota 24, p. 89.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, pp. 88-89.

se imponen a los otros en caso de conflictos. Pero se deja abierta la posibilidad de que en razón de determinadas circunstancias concretas, esta “presunción de triunfo” pueda ser objeto de revisiones y cambios⁸⁸⁷.

Finalmente, podemos decir que el sistema de jerarquías “prima facie” compensa en parte la falta de certezas que ofrece la ponderación, impidiendo que los derechos constitucionales sean afectados sin una justificación suficiente.

9.- Objeto de la interpretación jurídica

Para el Derecho de tradición continental, el objeto central de la actividad de interpretación serán normas jurídicas⁸⁸⁸ expresadas primordialmente por escrito⁸⁸⁹. Dentro de ellas, encontramos la Constitución, los distintos tipos de leyes, sus reglamentos y algunas sentencias judiciales, por señalar sólo las más importantes.

10.- Formas doctrinarias de abordar la interpretación constitucional

En casi todas partes del mundo, los Tribunales de Justicia están sobrecargados de trabajo, dejando pocos espacios a sus funcionarios para entrar en disquisiciones teóricas avanzadas.

⁸⁸⁷ Karl LARENZ (1994), ob. cit., nota 625, p. 408.

⁸⁸⁸ Aquello que califica a una norma jurídica como tal (es decir, primero como “norma”, y luego como “norma jurídica” y no como norma moral, religiosa, social, etc.) es algo que excede las posibilidades de este trabajo. GARCÍA AMADO sintetiza algunos de los atributos que caracterizan a las normas jurídicas: “Para unas doctrinas, dichos atributos son puramente formales y se traducen en el hecho de que las normas en cuestión hayan sido creadas con arreglo a lo establecido por otras normas del mismo conjunto del derecho, conjunto llamado sistema jurídico. Otras doctrinas sitúan el dato esencial en que las normas que sean derecho se imponen efectivamente en la sociedad por el hecho de estar dictadas o aplicadas por ciertos sujetos tenidos socialmente por autoridades o afirmados fácticamente como tales por estar respaldados por el poder y la fuerza. Hay también doctrinas que entienden que lo que convierte a una norma en jurídica es cierta condición material, como su sintonía con la justicia, el derecho natural, el bien común, etc. Y también se dan todo tipo de combinaciones entre esos tres planteamientos básicos”. Por ejemplo, podemos decir que por lo general las normas jurídicas gozan de algunas características: son públicas, están dotadas de cierta dignidad y reconocimiento social, y son aceptados por la colectividad como enunciados que deben ser obedecidos. Juan Antonio GARCÍA AMADO (2004), ob. cit., nota 438, p. 37-38.

De este modo, en un sistema consuetudinario, interpretar la costumbre constitucional implicaría analizar la costumbre de los órganos del Estado, lo que supone un trabajo empírico previo, presumiendo que dichos órganos se comportan así con la intención de seguir una norma jurídica (existente, vinculante, etc.) y no por rutina o casualidad. Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 38-39.

⁸⁸⁹ En este trabajo, cuando hablamos de interpretación sólo nos referiremos a la que depende significativamente de un texto. Es decir, la que concibe al derecho como vinculada o anclada a un objeto concreto, común y conocido sobre el cual trabajar para estructurar y ordenar las relaciones humanas. La interpretación de una norma consuetudinaria (como por ejemplo la Constitución inglesa) corresponde a un esfuerzo completamente diverso, donde lo que se hace será más un “análisis sociológico de un comportamiento” que el estudio de una norma. Porque al final del día, las costumbres que configuran el derecho son básicamente eso: comportamientos repetidos, funcionales y valorados, y ello puede ser también la base de un modelo jurídico.

Más aún, podría decirse que ello no es un asunto que deba preocuparnos seriamente, pues la función principal de la judicatura es resolver los conflictos que plantea el cuerpo social, y no elaborar doctrinas, pues esta labor correspondería antes a la doctrina y a la academia⁸⁹⁰.

Creemos que lo anterior es sólo parcialmente cierto, pues si bien la función primordial de los tribunales es resolver conflictos de acuerdo a derecho y con efecto de cosa juzgada, también es cierto que el Poder Judicial tiene el deber de justificar sus resoluciones adecuadamente, lo que requiere una técnica y un conocimiento, que muchas veces supone una toma de posición, una justificación e incluso una construcción.

Además, desde su privilegiada posición, necesariamente debe enfrentar problemas de interpretación, debiendo elaborarlos y dar cuenta de ellos al momento de justificar sus sentencias. Podría decirse que por esta vía, los tribunales analizan la doctrina y la corrigen, participando e influyendo significativamente en el desarrollo de esta actividad.

Desde el punto de vista de la función pública y de la producción de bienes sociales colectivos, los Tribunales tienen la capacidad de desarrollar una técnica de interpretación perfeccionada y común, lo que permitirá a los agentes sociales conocer los alcances del derecho en forma previa, dando mayores garantías, seguridad, estabilidad y predictibilidad al derecho, previniendo y reduciendo la conflictividad.

Analizando este punto desde un esquema más global, enfocado en la reducción y solución de controversias, podemos afirmar que conviene que los tribunales desarrollen, adopten y comuniquen un sistema perfeccionado, coherente y constante de interpretación jurídica. Podría incluso afirmarse que esta función es de tal importancia, que podría ser una de sus tareas esenciales, tan importante quizá como la solución de cada controversia en concreto.

Para comprender mejor esta función basta con imaginar lo que sucedería si, por el contrario, existiera un complejo, confuso y frondoso panorama teórico sobre la interpretación jurídica, que ralentizaría y oscurecería la labor de adjudicación y alejaría a la judicatura de su cometido.

Sólo entendiendo la problemática de la interpretación y de la elaboración de la doctrina desde una perspectiva abierta y comprensiva, podremos abordar adecuadamente los problemas que el derecho plantea en la actualidad.

Más allá del análisis del rol que a los jueces cabe en esta materia, no cabe duda de la importancia que tiene la reflexión sobre la mejor forma de toma de decisiones jurisdiccionales, especialmente en materia constitucional.

En un sistema jurídico caracterizado por la fuerte presencia de derechos fundamentales con capacidad de irrigar todo el ordenamiento infraconstitucional, esta elaboración será una de las tareas más importantes, y sólo por medio de su desarrollo será posible conseguir los principales objetivos del derecho: paz social,

⁸⁹⁰ Ello ha llevado al lugar común tantas veces repetido en forma acrítica de que los tribunales requieren juristas y no teóricos del derecho.

justicia, estabilidad, seguridad, orden, disfrute, respeto y protección de los derechos, etc.

Además, los jueces se verán sustancialmente favorecidos en el cumplimiento de la labor que se les ha encomendado institucionalmente, con un mapa claro sobre la forma en que deben entender el derecho. Por tanto, una buena guía sobre la interpretación no sólo permitirá generar sentencias más completas y legítimas desde el punto de vista jurídico, sino que además facilitará significativamente la labor judicial, el prestigio y credibilidad de los tribunales, la confianza en la vigencia del estado de derecho, la economía de recursos procesales, la reducción de la conflictividad, entre muchos otros.

Desgraciadamente, en muchas épocas y países, los operadores jurídicos han hecho uso del derecho en forma acrítica, sin entender ni desarrollar adecuadamente los mecanismos utilizados, ni menos sus fundamentos, ventajas y desventajas.

Pero es necesario señalar que esta realidad, de la cual en parte es responsable la falta de recursos (inexistencia de una clase académica, etc.), no ha impedido el funcionamiento de sistemas jurídicos que operan, bajo ciertos criterios, razonablemente bien, aunque ciertamente su práctica sea muy perfectible y presenten casos donde las soluciones y técnicas observadas merezcan serios cuestionamientos.

Quizá ello sirva para mostrar la solidez y utilidad del derecho como sistema y como necesidad, pues permite, mediante normas prescriptivas y mecanismos relativamente simplificados, un grado de aplicación, vigencia y logro de objetivos significativo, incluso en un contexto de operadores y técnicas imperfectas⁸⁹¹.

Utilizando una analogía sencilla, podríamos decir que si bien una ignorancia completa en materias médicas es lamentable, pueden obtenerse buenos resultados sin que sea necesario que todos quienes receten o apliquen medicamentos o tratamientos comprendan bien su modo de operar.

Pero la evidencia, por ejemplo, de que durante miles de años los humanos nos reproducimos sin problemas (al menos en términos de especie) y sin necesidad de entender la compleja dinámica que había detrás, en ningún caso justificaría la tesis de que desarrollar conocimientos o mecanismos que permitan la intervención y la ayuda de las madres, padres y el embarazo, no sea de utilidad.

Por las mismas razones, reflexionar sobre los fundamentos del derecho, su interpretación y formas de operatividad es importante. Sólo perfeccionando nuestros mecanismos e instituciones podremos dar garantías de que las normas

⁸⁹¹ Frente a esta falta de desarrollo es interesante constatar que la ausencia de un desarrollo teórico de la interpretación no ha significado necesariamente aplicaciones equivocadas, o que se haya incrementado el margen de injusticia, abuso y retroceso institucional. Muy por el contrario, orientados por el sentido común y por su propia cultura jurídica, los jueces han ido poco a poco realizando avances metodológicos y adoptando soluciones muchas veces sorprendentemente prudentes, satisfactorias y creativas. Es decir, la decisión muchas veces será acertada, si la capacidad intuitiva del juez es adecuada, como grafican con numerosos ejemplos SERNA y TOLLER. Pedro SERNA y Fernando TOLLER (2000), ob. cit., nota 105, p. 109 y ss.

serán aplicadas en forma justa, igualitaria y predecible, y sólo de este modo el derecho cumplirá su cometido de aumentar el bienestar social.

Además, y siguiendo la analogía médica que hemos ya utilizado⁸⁹², en materia de derechos también nos veremos siempre enfrentados a casos difíciles y polémicos, que no responderán a los tratamientos comunes y que requieran un instrumental y una argumentación más compleja. Y no es correcto ni aceptable renunciar a ofrecer soluciones adecuadas para estos casos, argumentando que estadísticamente son de rara ocurrencia.

⁸⁹² Hay una diferencia importante entre el derecho y las ciencias naturales. Mientras en el primero muchos de los postulados son susceptibles de juicios de verificación (verdadero o falso, obtenido mediante el contraste de los postulados con la realidad), en el derecho sólo podemos evaluar una norma o una institución desde un valor predefinido por nosotros mismos, y por lo mismo, subjetivo. De esta manera, que una institución favorezca la libre circulación de los bienes y el crecimiento económico, supone una valoración positiva de este último fenómeno. La prohibición de la brujería, del uso de drogas, de la negación del holocausto judío, del maltrato infantil o de la piratería, obedecen a decisiones de quien tiene poder para imponer las reglas, y por lo mismo, no son posibles de contrastar en la realidad como afirmaciones “correctas o “incorrectas” sin referencia a una subjetividad (o a una argumentación emanada de una subjetividad) que las valide. Por tanto, el acto de interpretación no es ni puede ser un ejercicio objetivo. Más adelante, el mismo autor señala que "la noción de correcto, por lo menos en el sentido en que utilizamos la palabra en las matemáticas, la ciencia o la lógica, no se puede aplicar al caso del derecho". Duncan KENNEDY (1999), ob. cit., nota 350, p. 218.

CIFUENTES MUÑOZ afirma sobre el particular que "tecnificar la redacción del derecho, traspasar las disposiciones legales a fórmulas cuasi matemáticas (debido a la pretensión de exactitud que ha dominado todo el discurso de la modernidad, que en el ámbito jurídico se ha traducido en una pretensión de claridad de la ley), deja de ser una solución, en cuanto la legitimidad y eficacia del derecho se logran en la medida en que sus normas se encarnen en el entorno social, y esto sólo es posible asumiendo cierta dosis de informalidad, de proximidad de sus términos al hombre común". Asimismo sostiene el autor: "se podría decir que una de las lecciones que el nuevo derecho ha pretendido sacar de la crisis del positivismo, consiste precisamente en desechar la pretensión de un derecho que funcione tan bien como un buen reloj". Eduardo CIFUENTES MUÑOZ (1997), ob. cit., nota 461, p. 13.

Por su parte, VON KIRCHMANN sostiene que: “Cuánto mejor sería que la ciencia del derecho pudiera abordar como las ciencias naturales directamente su objeto (...). El Sol, la Luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millones de años. La rosa florece aún hoy día como en el paraíso. Pero el Derecho cambia desde entonces”. Y agrega: “Si se prosigue la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en la circunstancia de que el Derecho no sólo consiste en el saber sino también en el sentir, que la sede de su objeto no se encuentra sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias (se piensa en las ciencias naturales) están libres de aditamento (...) la ley positiva es en su determinación final pura arbitrariedad”. En seguida pone de manifiesto toda la precariedad de la ciencia del Derecho: “La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del déspota. ¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Nueve décimas partes y aún más tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, falsedades, anacronismos y arbitrariedades de las leyes positivas (...) por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto se convierte ella misma en azar, tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho”. Julius HERMANN VON KIRCHMANN, *"El Carácter a-Científico de la Llamada Ciencia del Derecho"*, Documento presentado en la Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho, citado por Arthur KAUFMANN (2012), ob. cit., nota 461, p. 128-129.

De la misma manera, sólo podremos decir que un médico, o un jurista, ha actuado en forma arbitraria o irresponsable, cuando su conducta se aleje notoriamente del “estado del arte” o de las técnicas generalmente utilizadas, lo que genera un mecanismo de contención y predictibilidad de la actividad interpretativa. Pero para que ello sea posible, previamente es necesario que estos criterios hayan sido desarrollados y hayan alcanzado un aceptable grado de aceptación.

Al estudiar la realidad de las prácticas interpretativas, especialmente en materia constitucional, constatamos la existencia de una gran variedad de criterios y técnicas⁸⁹³.

Por ello, cuando nos refiramos a ellas debemos ser muy cuidadosos al distinguir entre las descripciones y explicaciones del trabajo jurisprudencial, y las propuestas, críticas y preferencias personales en favor de una práctica u otra.

La primera categoría corresponderá estrictamente a una sistematización de la realidad observada, obtenida en parte utilizando un sistema similar al proceso de “reingeniería inversa”⁸⁹⁴ utilizado por las empresas de tecnología para comprender los productos desarrollados por la competencia, comenzando el análisis a partir del producto final, y no de los planos o el manual de construcción.

Trabajar así nos permitiría construir modelos que facilitarían la anticipación de los resultados, nos darán una mejor delimitación de lo jurídicamente permitido y lo

⁸⁹³ Esta situación sería de impacto muy menor si fuera la propia autoridad normativa la que señalara en forma completa los criterios de interpretación. Pero ello ciertamente no sucede.

⁸⁹⁴ MARTÍNEZ ZORRILLA, al referirse a este tema, hace un símil entre el trabajo que debe realizar el jurista con los conocidos procesos de “ingeniería inversa”, utilizados en el mundo de la alta tecnología y de la propiedad intelectual. En efecto, el trabajo de análisis jurisprudencial muchas veces tendrá una forma similar, porque sólo tendremos acceso al producto final (las sentencias) y no a los planos y formas de construcción que los sustentan. Luego, en base a esos productos finales, debidamente analizados, deberemos deducir cómo y por qué el objeto que tenemos frente a nuestros ojos es como es y funciona como funciona. Como veremos al estudiar las escuelas escépticas (la de la *Critical Legal Studies*, por ejemplo), hay autores que afirman que la sentencia y su justificación muchas veces no son más que trucos para ocultar la verdadera razón que ha tenido el juez para decidir, dándole una apariencia de legitimidad y formalidad a algo que en realidad nace de otra fuente. Al analizar una sentencia con reingeniería inversa deberemos incorporar esta variable y sospechar, al menos un poco, sobre la honestidad y coherencia de las razones esgrimidas por el objeto de estudio mismo. Sin embargo, debemos tener claro que este proceso ingenieril no busca la creación de una réplica exacta o develar “la estructura interna real” de un producto. Su objetivo es más funcional, y consiste en crear un esquema capaz que nos permita reconstruir un objeto lo más parecido posible, que replique de la manera más adecuada sus funciones primordiales, y que por lo mismo sea fácilmente reconocible como un “equivalente funcional” por un usuario medio. Para los efectos de este trabajo, sin embargo, lo más importante de este trabajo estará dado porque facilitará *la posterior mejora del producto*, objetivo que lograremos añadiendo o quitando elementos o bien perfeccionando aquellas estructuras con las que ya cuenta desarrolla.

Al utilizar esta interesante perspectiva, debemos considerar que el Derecho no es una máquina sino una realidad social y dinámica, vinculada a múltiples actores y circunstancias (históricas, culturales, económicas, políticas, etc.), por lo que el “producto” a investigar será más complejo. Sin embargo, el objetivo seguirá siendo el buscar y descubrir su estructura operativa. Y en los casos en que podamos ofrecer diversas posibilidades explicativas, el modelo más adecuado será aquel que explique mejor, pero también en forma más sencilla, la realidad observada. David MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), ob. cit., nota 463, p. 31.

prohibido, y permitirán la presentación de propuestas de mejora. Ciertamente, será también el principal objeto de estudio de los abogados de ejercicio y más interesados en la práctica, pues deberán anticipar para sus clientes la forma de comportarse que tienen los tribunales, y recomendar, de acuerdo a ello, la realización o no de una acción.

Será otra situación, muy diferente, la que tendremos cuando proponamos un modelo específico como más ventajoso o conveniente que otro, invitando a su implementación.

Ello pertenecerá más al terreno de la ideología o la dogmática, y como bien dice GUASTINI, obedecerá “a un intento de alguien de imponerle a los demás un modo específico de hacer las cosas...elaborados por los intérpretes a través de diversos procedimientos argumentativos pseudológicos (...) sin que esta atienda necesariamente a la práctica judicial (...)”⁸⁹⁵.

⁸⁹⁵ Riccardo GUASTINI (2010), ob. cit., nota 24, p. 33. Sin embargo, el conocimiento del trabajo judicial también nos permitirá una revisión crítica y constructiva del mismo, por lo que su utilidad no puede ser cuestionada.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO III: FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS DISTINTIVOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

I.- Fundamentos de la libertad de expresión.

La tradición jurídica ha planteado como exigencia ideal que las normas positivas es que sean claras, breves y de fácil aplicación. Gracias a ello, se facilita que sean universalmente comprendidas y aceptadas, favoreciendo estabilidad y sobrevivencia, y la prescindencia de los múltiples postulados ideológicos que le dieron sustancia, y que en general no harían otra cosa que complicar y complejizar su interpretación, incorporando al derecho fuertes disputas ideológicas (que por la vía de la norma se ha querido precisamente evitar).

Sin embargo, cuando se enfrentan casos complejos, o cuando se trabaja con principios (y los derechos fundamentales generalmente lo son), será inevitable recurrir a los fundamentos para comprender las posibilidades y alcances de la norma, la inclusión o exclusión de la protección de determinadas expresiones, y por lo mismo, la adecuada solución que debe darse al caso analizado.

Por ello, para determinar correctamente el contenido protegido por el derecho conocido como libertad de expresión, así como sus límites y contornos, debemos hacer antes un intento por comprender sus objetivos y fundamentos, dentro del encuadre dado por el constitucionalismo contemporáneo y su política de protección efectiva de derechos fundamentales. Lo anterior significará no sólo compatibilizar su existencia y ejercicio con los demás derechos, así como todos sus elementos propios, sino definir los objetivos o fines que se ha buscado con su reconocimiento y las exigencias que se requieren para lograrlos.

Esta tarea será especialmente crítica en materia de derechos fundamentales, pues generalmente ellos compartirán un doble carácter de mandato, principio o guía para la actividad moral y política, y de norma jurídica con pretensión de universalidad y obligatoriedad, debiendo el intérprete lograr la armonización entre todos ellos.

Algunas dificultades adicionales se plantean en materia de libertad de expresión, pues ha sido tratada y justificada mediante múltiples líneas argumentales, incluso contradictorias. Desde diferentes posturas ideológicas, tradiciones jurídicas, culturas y épocas, este derecho será comprendido con distintos contornos, alcances y objetivos, muchas de las cuales parcialmente subsisten hasta el día de hoy. La misma situación explica las fuertes polémicas que la acompañan y las fuerzas que tienden a restringirla o expandirla.

El análisis que intentaremos en estas páginas precisamente buscará ayudar a comprender por qué en diferentes sistemas jurídicos y épocas se ha protegido la libertad de expresión como se lo ha hecho. Esperamos también que este desarrollo nos permita comprender por qué este derecho goza de un prestigio y nivel de protección tan alto en las democracias contemporáneas.

De la mano de lo anterior, podrá entenderse la especial protección dada a una modalidad particular de ejercicio comunicativo referido a los asuntos de interés

público, que ha recibido en España y en otros países el nombre de “derecho a la información”, así como el carácter de derecho preferente o privilegiado con que se le ha tratado en alguna doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos.

El análisis de los fundamentos y objetivos de una norma presenta algún grado de dificultad, pues comúnmente ellos son mucho más complejos que las escuetas fórmulas normativas a que se llega a la hora de su consagración legal. En algunos casos, los fundamentos y finalidades más profundas pueden estar incluso ocultos por otros fundamentos menos relevantes, lo que aumentará la dificultad de la tarea interpretativa.

Lo anterior se debe a que las fórmulas legales suelen ser el resultado de una formación de compromiso entre diversas posiciones, donde la ambigüedad de las palabras y el “fraseo” elegido, permite amortiguar y compatibiliza los intereses y visiones de quienes la acuerdan. Ello no detiene, sin embargo, la lucha posterior, dada a nivel interpretativo, por imponer la lectura de la norma que mejor represente a cada postura, y explica la compleja y rica red de argumentaciones, de gran interés teórico y práctico, que ha ido tejiendo a lo largo del tiempo la jurisprudencia y la doctrina.

Al mismo tiempo, como podemos ver a lo largo de este trabajo, desde cada sustrato doctrinario se han elaborado críticas, propuestas y soluciones novedosas y adaptadas a las exigencias y problemas de cada momento, dando al estudio de este derecho, y a su fundamentación, una densidad e interés conceptual especial.

Cualquier persona que se adentre en el estudio de este derecho descubrirá que no solo hay una razón que justifique la libertad de expresión y su protección.

Esta afirmación no tendría relevancia si los preceptos constitucionales fueran normas cerradas y claras. Pero como su aplicación requiere frecuentemente de interpretación judicial y desarrollo legislativo (y ambos pueden ampliar o restringir su ejercicio), comprenderlo, justificarlo o asignarle fines desde una posición u otra, tendrá importantes consecuencias prácticas y afectará, potencialmente, a todos.

Básicamente, la libertad de expresión podrá entenderse y justificarse como un valor instrumental o como un bien en sí mismo; como un derecho individual o como una necesidad colectiva. Y por cierto, como un derecho que participa de todas las características anteriores, pero sin que sea fácil acordar con qué intensidad cada uno de estos elementos debe caracterizar al derecho. Como hemos ya adelantado, la posición que se asuma generará consecuencias relevantes tanto en el orden dogmático como práctico.

El carácter abierto y profundamente conectado con la moral, las ideas políticas y la cultura que caracterizan a los preceptos constitucionales sobre derechos, nos obligará a que en el análisis de esta problemática debamos recurrir necesariamente a razonamientos y justificaciones hechas desde fuera del derecho (filosofía, política, economía, sociología, psicología, ciencias, etc), lo cual no solo complejiza el debate, sino que podría causar impotencia y molestia a quienes se muestran partidarios de la autonomía formal del derecho como disciplina, o del derecho como un todo cerrado, autosuficiente y completo.

Sin embargo, esta es una característica de los ordenamientos jurídicos basados en derechos constitucionalizados, por mucho que el acostumbamiento a diversos

tipos de normativas reglamentarias más simples y su enraizamiento en el lenguaje colectivo nos haga pensar otra cosa.

Alternativa y complementariamente, esta problemática puede ser abordada desde una manera aparentemente menos subjetiva¹, recurriendo a los criterios creados jurisprudencialmente, y que ya suponen la incorporación y utilización de dichos elementos extrajurídicos, como por ejemplo la ponderación como técnica interpretativa y de solución de controversias entre derechos, las jerarquías prima facie, el establecimiento de estándares y requisitos propios de cada derecho, entre otros.

A lo largo de este trabajo veremos la gran utilidad y frecuencia que ellas presentan en el tratamiento de los problemas relativos a derechos fundamentales, y en especial, a los conflictos a los que se asocia la libertad de expresión.

Sabiendo que la libertad de expresión puede fundamentarse desde diferentes posiciones, y que tiene una gran capacidad instrumental para contribuir al desarrollo de otros bienes jurídicos, es importante tener la precaución de no caer en la confusión de la “ilusión de alternativas”, donde una posibilidad o argumento excluye a la otra. Por el contrario, lo más adecuado pareciera sostener que ninguna de ellas basta por sí misma, y que subyace entre ellas una íntima conexión², todas las cuales reflejan con distinta intensidad los propósitos buscados y pueden contribuir, en diferentes grados y medidas, a la mejor realización y comprensión del mismo.

De esta manera, sostener que el fundamento de la libertad sea la autonomía privada, el derecho de propiedad o la protección de la democracia no deben considerarse posturas excluyentes ni opuestas, sino complementarias en la mayoría de los casos y circunstancias. Nos parecen inadecuadas las posturas que radicalizan y rigidizan las diferencias entre diferentes concepciones de la libertad de expresión, y que han llevado, por ejemplo, a hablar de la existencia de dos escuelas: una libertaria y una institucional o democrática³. Desarrollaremos este punto más adelante, pues constituye una de nuestras principales conclusiones.

Habiendo dicho lo anterior, abordaremos esta materia desde las perspectivas más utilizadas para fundamentar la libertad de expresión: la dignidad humana y el libre desarrollo personal, la búsqueda de la verdad y del conocimiento, y la protección de la democracia o necesidad institucional de la misma.

¹ Decimos “aparentemente” porque ellos se han construido precisamente sobre elementos extrajurídicos, y en algún nivel o elemento, no pueden prescindir de la valoración subjetiva del juez. Sin embargo, el consenso que existe sobre ciertos criterios permite resolver la mayoría de los conflictos en forma satisfactoria.

² En un sentido similar, Lawrence TRIBE, *“American Constitutional Law”*, 2ª ed., Mineola, The Foundation Press (1988), p. 785.

³ FISS y DWORKIN han resaltado esta situación. A nuestro juicio, ello puede ser aceptado si se entiende desde los énfasis que ellas pueden sostener, pero no como posiciones polares y excluyentes.

1.- La dignidad humana como primer fundamento de la libertad de expresión

Fundamentar la libertad de expresión en un concepto vago y abierto como la “dignidad humana” parece fácil, atractivo y ciertamente correcto⁴. Podríamos sostener que todos los derechos fundamentales tienen su origen en ella, y algunos textos importantes, como la Constitución, hacen expresa referencia al mismo⁵, por lo que esta fundamentación tiene un carácter normativa, forzosa y jurídica⁶. La amplitud del concepto de “dignidad humana” utilizado para fundamentar un derecho podría hacernos pensar que con él no avanzaremos demasiado en nuestro propósito, y que antes de hacer un esfuerzo por definirlo, podemos acordar aquellas conductas que la contravienen⁷.

Pero este primer planteamiento nos ofrece un valioso punto de partida, que nos obliga a hacer un esfuerzo por precisar y entender a qué nos referimos cuando hablamos de “dignidad humana”, así como sus efectos sobre el campo de los derechos.

En primer lugar, la idea de “dignidad humana” hace referencia a un bien individual, inmanente, universal y prejurídico, por lo que constituye al mismo tiempo un objetivo de protección y un límite que debe ser respetado y promovido por el ordenamiento jurídico, volviéndose una guía y un criterio de legitimidad de toda normativa o decisión de autoridad.

En segundo lugar el carácter individualista del concepto de “dignidad humana” pone énfasis en la libertad y la autonomía de cada persona, dando legitimidad a la pluralidad de formas de vida, alejando cualquier proyecto de organización política

⁴ VALLDECABRES ORTIZ reconoce que el concepto de dignidad humana no es unívoco, ni universal, ni permanente (María Isabel VALLDECABRES ORTIZ, *Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*, Tirant lo Blanch (2004), p. 306, haciendo referencia a Ingo VON MUNCH, *La dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional Alemán*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 5 (1982), pp. 9-33).

⁵ El artículo 10 de la CE manifiesta un compromiso específico de la dignidad humana, al señalar que ella es “fundamento del orden político y la paz social”, pero ello no significa que las otras motivaciones no existen. Puede considerarse que el Constituyente tuvo buenas razones para dar un énfasis, pero “detrás de la proclamación constitucional de estas libertades cabe espacio para la tutela de los múltiples valores que ellas patrocinan y que históricamente se han ido incorporando, uno tras otro, al acervo común de los valores compartidos en la cultura occidental” (María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 301). Por tanto, en ellos pueden verse funciones de tutela y garantía de los derechos humanos (derechos subjetivos, libre desarrollo personalidad) e institucionales, vinculados con el sostenimiento del orden democrático (pluralismo, dignidad humana). VALLDECABRES ORTIZ ha efectuado una distinción entre “función” y “fundamento” (p. 303). Las funciones pueden ser muchas, incluso más que las previstas. El fundamento será expreso, y en el caso de la CE está dado por el art 10 (dignidad humana). Ver Regino Mateo PARDO, *La Dignidad de la Persona Humana y su Significación en la Constitución Española de 1978 a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Tomo I, Publicaciones Universidad de Cantabria (1993); Pedro SERNA, *Dignidad de la Persona: un Estudio Jurisprudencial*, Persona y Derecho, Número 52 (2005).

⁶ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 307.

⁷ Ídem.

colectivista o que ponga a las personas al servicio de otro objetivo “superior” distinto de ellas mismas⁸.

En materia de libertad de expresión, ello nos obliga al respeto y tolerancia de todas las expresiones que no resulten dañosas a los derechos de los demás, facilitando la libertad individual, el libre pensamiento, el respeto a cualquier opinión (que por el sólo hecho de emanar de una persona es legítimo). Asimismo, opera como un sólido fundamento para reafirmar el derecho a la construcción de la propia existencia según los criterios que a cada cual parezcan más adecuados⁹.

Por otro lado, siendo el ser humano un “animal locuaz y comunicativo”¹⁰, expresarse en forma satisfactoria constituiría una necesidad emocional y espiritual básica, tan apremiante como podría ser la comida o el descanso en el plano físico. En su ausencia, ya sea impuesta por barreras externas o internas, legales o extralegales, culturales o materiales, el bienestar emocional se verá mermado, provocando frustración y sufrimiento espiritual. Por lo que puede concluirse que el respeto de la dignidad humana supone el respeto a la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha señalado que en un estado libre todo hombre puede pensar lo que quiera y decir lo que piensa”¹¹.

Si bien es cierto que todos los derechos fundamentales contribuyen de alguna manera al desarrollo integral del ser humano, la libertad de expresión, junto con otros derechos de la personalidad, lo hace en un modo específico y particularmente intenso, lo que justifica su especial protección.

De hecho, si bien podríamos imaginar una persona que nunca hiciera uso de su derecho a realizar actividades económicas, o a enseñar, es imposible concebir la vida de una persona sin ejercer su derecho a expresarse.

Por otro lado, las singularidades de la vida humana y de cada persona hacen difícil determinar si acaso hay expresiones que no contribuyen al desarrollo. Dado que el asunto es altamente polémico, la solución adoptada, acertadamente a nuestro juicio, consiste en limitar mínimamente el ejercicio de este derecho, sancionando o desincentivando sólo aquellas conductas o expresiones comunicativas cuya capacidad de dañar es claramente mayor que su beneficio.

⁸ La idea de dignidad comienza a gestarse durante el renacimiento europeo y se asocia a la valoración de la individualidad y la libertad individual. Ibid., p. 306. El TSA ha señalado que la libertad de expresión es un fin en sí misma y no sólo un medio para alcanzar otros fines, vinculándolo con la dignidad humana y con la libertad individual. *Coben v. California*, 403 US 15, 24 (1971).

⁹ En la realización de este objetivo, la libertad de expresión tiene un rol fundamental, pues legítima la existencia de diferentes propuestas y opciones, favorece la diversidad y el pluralismo y aumenta los niveles de información disponibles para que ello sea hecho en forma más responsable y certera. Asimismo, la amplia libertad concedida a la libre circulación de ideas, propuestas y opiniones, así como la crítica a las mismas, potencia el desarrollo de la ciencia y la tecnología, favorece el desarrollo del conocimiento, aumenta los espacios y las posibilidades de la creatividad artística y posibilita los cambios sociales pacíficos, al permitir que vayan acompañados de un amplio debate, una mayor reflexión e información, y el correspondiente cambio cultural.

¹⁰ La expresión es de DWORKIN quien la relaciona directamente con la libertad y la autonomía “un hombre al que se le impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente y vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un ser comunicativo y locuaz, a quien no se puede callar, contra su voluntad”. Ronald DWORKING, “*Los Derechos en Serio*”, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona (1984), p. 295.

¹¹ *Whitney v. California*, 274 US 357, 375.

Si aceptamos como correcta la premisa de que el Estado y toda sus instituciones están al servicio de la persona humana y que su función es facilitar el mayor desarrollo posible de sus potencialidades espirituales y materiales, tanto en el plano individual como colectivo, el paso obvio siguiente es sostener que ello sólo es posible con un estatuto efectivo de protección de la libertad de expresión.

De cualquier otra manera, no se cumpliría con la exigencia de respetar la “dignidad humana” en todas y cada una de sus actuaciones, pues sin ella no es posible promover y garantizar respetar el pensamiento libre, así como su expresión y divulgación. Tampoco sería posible garantizar la libertad de asociación, de circulación, de comercio, de culto, de enseñanza, de conciencia, entre otras. Sin ellas, y sin el derecho de cada persona a determinar libremente y sin temor lo que desea comunicar o callar¹², la autonomía y el pluralismo no podrían ser adecuadamente protegidas.

Esta postura no debe confundirse con los beneficios instrumentales asociados, que por cierto existen, y son tan abundantes como relevantes. Como bien sostiene RAWLS, es la propia autonomía moral del ser humano lo que está a la base de la libertad de expresión y la sustenta, y no los beneficios que de su ejercicio puedan lograrse o no lograrse¹³. Por ello, constituye un fin en sí misma. La capacidad que tenga para favorecer la existencia de otros derechos o bienes, sólo puede considerarse como una consecuencia casual o un fundamento secundario, pero no como una condicionante de su ejercicio.

En otras palabras, la libertad de expresión se justifica suficientemente por su conexión con la naturaleza social y comunicativa del ser humano.

El argumento de la autonomía sin duda es el que protege un mayor rango de expresiones.

Se ha criticado a esta defensa la omisión que realiza a la dimensión institucional y social que debe acompañar al tratamiento de la libertad de expresión, y que sería una posición individualista que puede ser insuficiente, debiendo al menos considerar también los derechos de los potenciales oyentes y de los efectos que las expresiones provocarían en ellos. De hecho, los argumentos de la autonomía y la autorrealización personal benefician sólo al individuo concernido, sin producir necesariamente ningún otro bien social¹⁴.

¹² Ya veremos que en el ejercicio de este derecho pueden establecerse limitaciones y regulaciones, que provendrán de la necesaria protección de otros derechos protegidos.

¹³ Para RAWLS la libertad de expresión se sustenta en la autonomía moral del hombre, y no en los beneficios que con su ejercicio se pueden derivar” (...) en una sociedad democrática bien ordenada en condiciones razonablemente favorables, podría parecer absoluto el libre uso público de la razón en cuestiones de justicia política y social”. John RAWLS, “*Sobre las Libertades*”, Paidós (1990), p. 104 (citado por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 304: “la concepción moral del hombre exige el reconocimiento de plenas libertades a todos en condiciones de igualdad” (razonar, debatir, conocer argumentos, expresarse, juego democrático (...), RAWLS, pp. 94-96). En el mismo sentido, VALLDECABRES ORTIZ, quien señala que la libertad de expresión no debe cumplir ningún papel distinto o adicional, al menos en forma principal o determinante. Y el hecho que pueda generar otros beneficios sociales no limita ni condiciona su ejercicio (p. 313).

¹⁴ Michel ROSENFELD, “*Hate Speech in Constitutional Jurisprudence Protection Against Government Compelled Expression and Association*”, Boston College Law Review, Vol. 24, No 3 (2003), p. 1535

Asimismo, resulta difícil imaginar si aceptaríamos esta premisa si los resultados concretos que obtuviéramos del libre ejercicio de este derecho fueran más negativos que positivos.

También hay quienes han visto en este modo de fundamentación este punto una justificación de las llamadas libertades negativas, donde la participación del Estado queda limitada a un rol pasivo, lo que resulta del todo insuficiente bajo las exigencias del constitucionalismo contemporáneo¹⁵.

Del mismo modo, si el objetivo principal fuera favorecer la realización y el desarrollo personal, cualquier derecho y cualquier acción que lo facilitara debiera recibir la misma protección, pudiendo restringirse las expresiones que no contribuyeran a este propósito¹⁶. En este sentido, la justificación de RAWLS ofrece más garantías, pues no vincula ni la existencia ni el ejercicio del derecho a resultado alguno, sino sólo a la sola condición del individuo como ser moral autónomo y social.

Finalmente, se ha criticado esta justificación por su marcado carácter individualista, que podría dar a este elemento un nivel de importancia similar que a los elementos sociales o institucionales, lo que llevaría a privilegiar los primeros frente a los segundos¹⁷.

Sin embargo, una comprensión amplia de la dignidad humana y de su mandato constitucional de protección, obliga a reconocer que ella requiere tanto de elementos estructurales y sociales como de un amplio espacio de libertades y autonomía, por lo que bien se podría, desde la propia dignidad humana, fundamentar una serie de restricciones o modulaciones a la libertad de expresión. Asimismo, la imposibilidad de determinar a priori cuáles expresiones podrían ser útiles o inútiles para aumentar el bienestar individual o social, hace que la crítica planteada a las visiones utilitaristas o instrumentales en relación a este derecho disminuya significativamente su potencial de riesgo efectivo.

2.- La búsqueda de la verdad y del conocimiento como fundamentos de la libertad de expresión

2.1.- La necesidad de combatir el error

En el registro histórico, los primeros argumentos en favor de la libertad de expresión estuvieron basados en su aptitud para favorecer la búsqueda de la verdad. Desde MILTON en adelante, se ha sostenido que el libre flujo de ideas e

¹⁵ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STC 12/1982, FJ 3, que señala que la libertad de expresión es principalmente “un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación”. En el mismo sentido lo hace la STC 77/1982, FJ 1.

¹⁶ Coincidimos con TRIBE en que estas teorías ponen demasiado el acento en la racionalidad del ser humano, y corresponden a un desarrollo propio de una época iluminista “olvidando que en la expresión humana hay mucho de emotivo que también merece protección”.

¹⁷ Ximena FUENTES TORRIJO, “La Protección de la Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Promoción de la Democracia”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 13 (2002), p. 234.

informaciones genera nuevas posibilidades y comprensiones, profundiza los debates, permite acceder a una visión más completa y razonada de la realidad y de las opiniones que existen sobre ella, ya sea esta de carácter social, política, científica o cualquier otra, lo que favorece el conocimiento, la crítica y el contraste de las ideas vigentes con nuevas posibilidades, soluciones y explicaciones.

En suma, la libertad de expresión favorece la formación de conocimiento y la búsqueda de la verdad, y con ello, la creación de un ambiente propicio para el progreso moral y material. En otras palabras, si bien la libertad de expresión no produce por sí misma verdades definitivas, incentiva la creatividad y el proceso de creación y búsqueda del conocimiento, lo que redundará positivamente en la vida individual y colectiva. Por ello, cualquier freno a este proceso debiera valorarse en forma negativa.

Esta fundamentación tuvo especial aceptación en tiempos en que aumentó la conciencia de que muchas verdades tenidas como tales por largo tiempo, luego fueron demostradas falsas, incompletas o equivocadas, lo que generó numerosos perjuicios individuales y colectivos. Por ello, todas las instituciones que contribuyeran a disminuir el error y la ignorancia debían ser favorecidas¹⁸.

Las posibilidades de alcanzar verdades objetivas y definitivas, fue cambiando con el paso del tiempo. La aspiración de lograr un conocimiento cierto y definitivo en casi cualquier orden de materias fue puesto en duda, por lo que el fundamento de la libertad de expresión pasó a ser su capacidad para generar conocimientos y debates científicos serios, rigurosos, creativos e informados. De una manera similar, aunque no por la vía de la verdad, la vida humana se vería así fuertemente favorecida, permitiendo al “error” o al cuestionamiento de las verdades dominantes, contar con un espacio más legítimo y sólo restringible en situación de riesgo serio y real a otros bienes o intereses jurídicamente protegidos (con los que debería ser balanceado).

2.2.- La tesis del libre mercado de las ideas y sus beneficios

La tesis de la búsqueda de la verdad como fundamento de la libertad de expresión en numerosas oportunidades se ha asociado a la existencia de un “libre mercado de las ideas”. Este vínculo ha sido especialmente fuerte en la tradición americana, donde la defensa de la propiedad y del libre mercado alcanzó su mayor desarrollo.

La opinión jurisprudencial más conocida en relación a esta postura fue redactada por el juez HOLMES, quien explicó así su parecer: “La persecución a la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si usted no tiene ninguna duda de sus premisas o su poder y quiere un determinado resultado, con todo su corazón, usted naturalmente expresa sus deseos en la ley y barre con toda oposición (...). Pero cuando los hombres se dan cuenta que el tiempo ha molestado a muchos credos de lucha (...) pueden aceptar que el bien último que se desea es alcanzado de mejor manera por el libre intercambio de ideas, que la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento mismo al hacerse aceptado dentro de la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la que sus deseos

¹⁸ Por ello, MILL compara la censura a un robo realizado a la humanidad y a las generaciones futuras.

pueden llevarse a cabo con seguridad. Que en cualquier consideración esa es la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento como toda la vida es un experimento. Cada año, si es que no todos los días tenemos que apostar nuestra salvación en alguna profecía basada en el conocimiento. Mientras que el experimento es parte de nuestro sistema creo que debemos estar eternamente vigilantes en contra de intentos de controlar las expresiones de opiniones que odiamos y que creemos que están llenas de muerte, a menos que ellas inminentemente amenacen con una inmediata interferencia con el propósito legal y urgente de la ley que un inmediato control sea necesario para salvar el país”¹⁹.

A partir de esta línea argumental, de raigambre marcadamente utilitarista, se ha sostenido que los mismos fundamentos y beneficios que han permitido el desarrollo de los mercados abiertos y competitivos, son extensibles a la libertad de expresión²⁰.

Consecuencialmente, la mejor manera de garantizar la protección de la libertad de expresión sería mediante la lógica e instituciones del libre mercado: propiedad privada de los medios de producción, libre concurrencia, prohibición del monopolio y de las posiciones dominantes, reducción de las barreras de entrada, libre oferta y libre demanda, entre otros²¹.

Bajo este prisma, intervenir en el mercado, con el objetivo, por ejemplo, de promover el debate y la adecuada exposición de asuntos de relevancia pública, no sólo será de importancia secundaria, sino que además implica un riesgo de sesgo e intervencionismo y pérdida de neutralidad que podría perjudicar el propio ejercicio libre de la libertad de expresión. Una postura radical en este sentido debiera llevar a decir que cualquier restricción a la libertad de expresión que no esté sustentada en argumentos de mercado, deberá ser evitada²².

¹⁹ *Abrahams v. EE.UU.*, 250 US 616, 630 (1919). La Corte Suprema de los Estados Unidos ha reiterado esta tesis en numerosas oportunidades, aunque no ha sido la única línea argumental seguida. Cabe también señalar que al menos en forma directa, ella no ha tenido mayor acogida ni en el TEDH ni en la CIDH. En España, por ejemplo, la parcial recepción de la tesis descriptiva del “interés público” de alguna manera refleja la influencia de esta teoría.

²⁰ El modelo capitalista se basa en la defensa de un modelo estructural, de un espacio (el mercado) donde los agentes económicos transan libremente sus bienes y servicios, contribuyendo así al crecimiento económico y bienestar general. En términos generales, dicho modelo se encuentra validado histórica y empíricamente en su facultad de contribuir al desarrollo económico, por lo que no es extraño que se hayan querido extrapolar sus resultados al mundo de las ideas, con el buen anhelo de lograr en este ámbito los mismos espectaculares resultados que se han logrado en materia económica. Además, ya hemos visto que existe una íntima relación –podríamos decir incluso identidad– entre empresas y medios de comunicación, siendo también una poderosa verdad que las restricciones económicas dificultan la libre expresión.

²¹ Generalmente se identifica la lógica de los mercados libres con la de libertad de expresión, cuando esta identificación es sólo “reciente y contingente”. Sin embargo, DIRECTOR señala que el mercado libre, como forma deseable de organizar la comunidad, se enunció antes respecto a la vida intelectual y la libertad de expresión que respecto a la vida económica. Aaron DIRECTOR, “*The Parity of the Economic Market Place*”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. VII, No. 1 (1964), p. 1-10.

²² “Las prohibiciones gubernamentales evidentemente interfieren con la preservación de un “free marketplace for ideas.” Por ello, no es necesario buscar más argumentos para derribarlas”. GAEBLER, David B. (1982), “*First Amendment Protection Against Government Compelled Expression and Association*”, *Boston College Law Review*, Vol. 24(3), p. 1003.

SUNSTEIN realiza una muy buena síntesis de los argumentos que dan sustento a esta posición en la actualidad:

- a) El Estado y el Gobierno son los principales enemigos de la libertad. Por ello, cualquier intento de regular constituye una amenaza.
- b) El Estado debe ser neutral frente a toda forma de discurso, de modo que toda expresión debe ser tratada desde la misma plataforma de legitimidad.
- c) La libertad de prensa no está limitada a los asuntos políticos, o a expresiones con un contenido político evidente y expreso. Primeramente, porque es muy difícil trazar una línea entre lo que pertenece a este ámbito y a lo que no (y porque quien trace la línea mostrará a la vez su concepción de lo “político”, haciendo demasiado subjetivo, y por tanto ilegítimo el juicio). En segundo lugar, porque el discurso no político también promueve intereses y valores sociales relevantes, mereciendo el mismo grado de protección constitucional que el discurso político. Esto incluso permite que no solo se protejan expresiones artísticas, científicas, desnudos y otras, sino también “conductas comunicativas”, como “performances” y una amplia y variada área difusa y poco delimitada de situaciones.
- d) Las regulaciones tienen un efecto expansivo, y aceptado uno, el advenimiento de los demás es cosa de tiempo (*slippery slope argument*). Ello debe hacernos pensar que pequeños actos de censura y restricción pueden transformarse rápidamente en un sistema represivo mayor e indeseable.
- e) El sistema de balanceo no es aplicable frente a la libertad de expresión, ya que ello abre la puerta al abuso, la arbitrariedad y la discriminación. Permitir el “balanceo” es permitir la censura.

Indudablemente, esta línea explicativa ofrece algunos beneficios, permitiendo una amplia protección de la libertad de expresión y asociando su defensa a ideas que en muchas tradiciones gozan de una gran aceptación.

Asimismo, reconoce el carácter individual y de libre disposición de este derecho, dejando entera libertad a sus titulares para determinar el contenido de lo que quieran comunicar. Además, la sola referencia a un sistema de libre mercado, supone oferentes y demandantes, lo que implica reconocer la relevancia del oyente en materias de libertad de expresión e información²³.

En otras palabras, esta perspectiva ha puesto el acento en que deben ser los actores sociales, es decir, las personas²⁴, los que libremente determinen cuánto sentido, validez e importancia deben asignar a una expresión u a otra. Ninguna persona está

Ronald COASE, “*The Market for Goods and the Market for Ideas*”, *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 2 (1974), p. 384-391. El autor critica especialmente la sobre valoración que hacen los propios intelectuales de su actividad y de los bienes que producen, invitando a relativizar este pseudo dogma establecido a favor de la cultura (literatura, filosofía, etc). Por su parte, NIMMER señala que “la determinación de la verdad por el mercado es el método más frustrante, menos preciso y más peligroso, a excepción de todos los demás”. M.B. NIMMER, “*Nimmer on Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment*”, New York (1984), pp. 7-13.

²³ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 325.

²⁴ No debatiremos acá si nos referimos a una comprensión estricta o amplia del término, es decir, si ella debe incluir a las personas jurídicas y naturales o sólo a estas últimas.

más validada que otra para realizar esta tarea, lo que conecta este argumento con el de igual dignidad de todos los hombres²⁵.

Finalmente, queremos destacar lo planteado por VALLDECABRES ORTIZ, en el sentido de valorar la protección procedimental que desde esta perspectiva se obtiene, gracias a la cual se garantiza la existencia de un libre debate. Es decir, la libre concurrencia nos ofrecería un encuadre y un procedimiento con mejores posibilidades relativas de alcanzar la verdad, pero jamás la verdad en sí²⁶. Sin negar lo anterior, se puede sostener que el proceso de búsqueda de la verdad, es valioso en sí, pues implica el desarrollo de una serie de capacidades auxiliares valiosas, como el pensamiento crítico, culturización, empatía, pensamiento sistémico e interdisciplinario, acumulación de conocimientos, contribuyendo así significativamente al desarrollo humano.

En alguna medida, este fundamento se vincula con la protección y profundización de la democracia, ya que el aumento del caudal de información sobre los asuntos públicos, la mayor culturización de los electores, el debate y la crítica de calidad, entre otros, son factores que al mismo tiempo contribuyen a la búsqueda de la verdad y a la promoción de la vida cívica y el modelo republicano.

2.3.- Críticas a este fundamento

Pero al mismo tiempo, esta argumentación puede ser objeto de importantes matizaciones y críticas, aun aceptando los beneficios de un “libre mercado de las ideas”. Algunas de ellas son las siguientes:

- 1) La “búsqueda de la verdad” no puede vincularse ni al libre mercado ni a ningún derecho.
- 2) La expresión “libre mercado de las ideas” tampoco debe reducir nuestra comprensión al mundo intelectual, ni a las expresiones que contribuyan a su desarrollo, ni a ella como el método que permitiría –ni siquiera en el largo plazo– erradicar las falsedades de la existencia humana.
- 3) El concepto de “mercado” debe entenderse en un sentido amplio y simbólico, pues resulta imposible y absurdo comparar el complejo sistema de la comunicación humana con un lugar donde compradores y vendedores llegan a acuerdos motivados por el interés personal²⁷.
- 4) La comprensión de la libertad desde la lógica del mercado ofrece una mirada de raigambre marcadamente utilitarista, que no incorpora, por sí sola, el hecho de que algunos de sus fundamentos van más allá de la lógica económica e institucional, y que le dan a este derecho la condición de bien jurídico protegido per sé.
- 5) En este mismo sentido, la comprensión de la libertad de expresión desde la lógica del mercado la pondría en riesgo de sufrir numerosas regulaciones y limitaciones, que

²⁵ Según NIMMER, “ningún gobierno es tan infalible como para que los ciudadanos dejemos en sus manos la determinación de lo verdadero y lo falso”. M.B. NIMMER (1984), ob. cit., nota 22, pp. 1-8.

²⁶ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 328: “(...) parece más acertado y menos pretencioso asignar a la libertad de expresión la función de contribuir a la ilustración de los individuos más que de proporcionarles el camino de la verdad”.

²⁷ Lawrence TRIBE (1988), ob. cit., nota 2, pp. 786-787.

podrían no considerar sus otros fundamentos. Así, por ejemplo, las mismas argumentaciones que llevan a considerar al mercado de las ideas como un mercado más -comparable al de los jabones, ollas y tickets aéreos- podrían llevarnos a proponer regulaciones tan específicas como las existentes en dichos mercados. Con ello no queremos decir que ello no pueda hacerse o que sea incorrecto (todo mercado puede ser objeto de distorsiones, que pueden justificar la adopción de medidas específicas), sino que al hacerse, deben considerarse también los otros elementos en juego. Las necesidades de pluralismo y la diversidad informativa, por ejemplo, que se vinculan tan estrechamente a la libertad de expresión en su vertiente institucional, establecen criterios que muchas veces difieren y superan a las exigencias de la libre competencia y las normas anti monopolios. Nos extenderemos sobre ambos puntos en las páginas que siguen.

6) La concentración de los medios de comunicación en grandes conglomerados, organizados como empresas, naturalmente limita la profundidad y amplitud de un mercado “perfecto” de las ideas, al igual que la relativa homogeneidad cultural que en muchos lugares puede verse en quienes controlan los medios de comunicación (pluralismo restringido por circunstancias de hecho). Fundado en lograr determinados objetivos (buscar la verdad, aumentar el conocimiento y el debate sobre los asuntos públicos, etc), autores como Owen FISS han visto en este aspecto una motivación razonable y legítima para la intervención estatal, ya no en contra de la libertad de expresión, sino a favor de la misma.

7) Se ha planteado como crítica el hecho que en este proceso de búsqueda de la verdad, se admitan, con iguales espacios de protección, todo tipo de expresiones, ya sean falsas o veraces, molestos y ofensivos, completos e incompletos. O más aún, que con un criterio utilitarista (maximizar bienestar), se establezcan regulaciones que permitan alcanzar la verdad y los beneficios a ella asociada en forma acelerada (prohibiendo discursos manifiestamente obsoletos u oscurantistas, etc.).

No parece que esta crítica pueda ser materia de preocupación, al menos en los desarrollos contemporáneos, pues junto a la dificultad de encontrar criterios definitivos de verdad o falsedad y a los riesgos de la censura, debemos reconocer que el aporte de todos los argumentos y puntos de vista, en el complejo proceso del pensamiento humano y la discusión pública, han mostrado que muchas veces una expresión equivocada nos lleva a una correcta, y que el contraste de la verdad con la falsedad contribuye muchas veces a validarla, a perfeccionarla, a difundirla, etc. De esta manera, este criterio nos muestra cómo el conocimiento van apareciendo entre errores y conflictos, fruto de un esfuerzo colectivo anónimo, donde la individualidad tendrá su mejor espacio. De esta manera, si lo que buscamos es la verdad, debemos aceptar que tanto los discursos verdaderos como los falsos estén protegidos, dejando de ser la “verdad” un factor relevante a la hora de evaluar su legitimidad.

8) BARENDT cuestiona la utilidad de la verdad como fundamento de la libertad de expresión, pues en ocasiones incluso las expresiones verdaderas podrán ser limitadas y cederán frente a otras razones, dentro de mala dinámica propia del balanceo²⁸.

²⁸ Eric BARENDT, “*Freedom of Speech*”, Clarendon Press, Oxford (1985), pp. 9-10.

3.- Fundamento institucional de la libertad de expresión

3.1.- La libertad de expresión como requisito estructural de la democracia²⁹.

La concepción de la libertad de expresión como un derecho inherente a la persona humana, o como un mecanismo que favorece el desarrollo individual y colectivo, ofrece grandes posibilidades, sobre todo de cara a su propia protección y al reconocimiento de la libertad personal. Pero no permite su cabal comprensión³⁰, ni la especial protección constitucional que se ha dado a la libertad de expresión en el constitucionalismo moderno³¹.

Para un desarrollo adecuado de los fundamentos de la libertad de expresión, debemos referirnos a su capacidad para favorecer ciertos objetivos colectivos, sociales y estructurales, que nos ofrecen un nuevo fundamento para ella, o al menos, un fundamento complementario³².

Esta perspectiva ha sido de gran influencia, especialmente durante el último medio siglo, pudiendo reconocerse como una de las características del constitucionalismo contemporáneo³³.

Como lo veíamos al analizar los fundamentos desarrollados tempranamente por TUCKER, un modelo democrático supone, por definición, que la soberanía y la decisión de las principales cuestiones políticas, corresponde al pueblo, el cual debe estar correctamente informado y habilitado para opinar, discrepar y criticar sin miedo para poder ejercer esta función en propiedad.

Sin libre información, sin debate, sin deliberación, sin críticas ni cuestionamientos por parte de los ciudadanos, la calidad de la democracia como sistema se verá tan reducida, que incluso podría dudarse que mereciera tal calificativo. Basta sólo imaginarse un acto electoral donde estos factores estuvieran ausentes, o limitados³⁴. Por ello, se ha señalado que la libertad de expresión es un requisito

²⁹ Una vertiente similar a este fundamento es el que emana de la teoría del “contrato social”, que por su similitud con el fundamento democrático de la libertad de expresión no desarrollaremos en este trabajo. Sin embargo, puede tener algunas consecuencias marginales diferentes, como por ejemplo frente al tratamiento del “hate speech”. Michel, ROSENFELD (2003), ob. cit., nota 14, p. 1533

³⁰ Ximena FUENTES TORRIJO (2002), ob. cit., nota 17, p. 226.

³¹ Desde una justificación exclusivamente individualista, resulta “a veces difícil explicar por qué quienes reciben las expresiones de otros se encuentran obligados a tolerarlas”, o por qué carecen de protección otros derechos que tienen la misma aptitud para contribuir al desarrollo personal. Citando a BARENDT (1985), ob. cit., nota 28, p. 17, Ximena FUENTES TORRIJO (2002), ob. cit., nota 14, pp. 226-227.

³² Sin perjuicio de ello, pueden presentarse algunos casos en que existan ciertos puntos de tensión entre el aspecto individual (o libertario) de la libertad de expresión y el aspecto social que concibe esta libertad en función de su utilidad para promover la democracia, y puede significar que no siempre puedan protegerse ambas dimensiones en forma simultánea. CIDH caso *Ircher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 149 (Ibid, p. 227).

³³ Como veremos, el desarrollo del “derecho a la información” es una consecuencia directa de esta línea argumental.

³⁴ La STC 6/1981, FJ 3, señala que sin libertad de información y de expresión “no hay sociedad libre, ni por tanto soberanía popular”.

estructural para la democracia, e incluso abarca a las expresiones contrarias a la propia democracia³⁵.

Entre los aportes que se derivan del ejercicio activo de la libertad de expresión e información para el buen gobierno y la democracia encontramos los siguientes:

- a) Facilita el conocimiento y escrutinio de las autoridades públicas de la actividad gubernativa en general.
- b) Facilita el conocimiento y escrutinio de los actos de quienes tienen una función social relevante, aunque no sea estrictamente asociada al gobierno.
- c) Permite dar a conocer a las autoridades y a la población sobre problemas particulares, permitiendo la adopción de medidas adecuadas³⁶.
- d) Promueve la existencia de una sociedad civil informada, alerta, deliberante y crítica³⁷.
- e) Permite entregar información, propuestas, críticas y análisis que facilitan la correcta toma de decisiones en los procesos electorales³⁸. Gracias a ello, al menos teóricamente, la responsabilidad e la opinión pública a la hora de tomar decisiones será mayor y su margen de error más reducido.
- f) Facilita la participación política y el libre acceso a los cargos públicos³⁹.
- g) Favorece la tolerancia y el pluralismo, al dar espacios a posturas críticas y divergentes⁴⁰, incluso molestas e incómodas, no sólo en el ámbito político.
- h) Facilita el diálogo y la deliberación, ofreciendo un espacio que al menos debe considerarse como complementario a los canales oficiales⁴¹.
- i) Favorece el cambio social razonado y pacífico, fruto de la persuasión, el consenso y el cambio cultural. Si los cambios son positivos y favorecen una mejor

³⁵ STC 176/1995 FJ 2. Sin embargo, esta posición ha sido debatida, por ejemplo, en el contexto de la CIDH, que exigiría restricciones especiales a la libertad de expresión con el objeto de proteger la democracia. Ver Ximena FUENTES TORRIJO (2002), ob. cit., nota 14, p. 227. Asimismo, se ha señalado también que el discurso político debe ser protegido, pero excluyendo los discursos extremos, que ponen en riesgo la propia democracia. Michel ROSENFELD (2003), ob. cit., nota 14, p. 1533.

³⁶ Por ello, se suele decir que no ha habido hambrunas ni guerras entre democracias donde la libertad de expresión sea un derecho efectivamente reconocido y ejercido. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, pp. 330-331.

³⁷ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

³⁸ Robert POST, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", en Lee BOLLINGER y Geoffrey STONE (edit.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago (2002), p. 165.

³⁹ En la STC 39/2005, FJ 2, el TCE sostiene: "(...) las libertades de expresión e información actúan, por así decir, como instrumentos que hacen posible la participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos, al mismo tiempo que ese contexto de participación política en el que se ejercen delimita o cualifica el contenido y alcance de dichas libertades (...) el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles "especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar".

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nos. 69/98, *Olmedo Bustos y otros v. Chile* (La Última Tentación de Cristo), caso No. 11.803, párrafo 63.

⁴¹ Se podría decir que el grado de libertad de expresión que ofrezca un país es medida también del grado y calidad de su democracia, y allí donde la primera es restringida prontamente se conocen actos de abuso y corrupción.

vida del hombre, será también una herramienta del progreso y del bienestar. Aunque el carácter instrumental del mismo nada garantiza en este sentido, pudiendo naturalmente operar en sentido inverso, o generar un camino permanente de avances y retrocesos, que serán valorados positiva o negativamente según la perspectiva. Aumenta las posibilidades y las legítimas⁴².

j) Facilita la existencia de mecanismos de control extra institucionales, muchas veces más eficaces que los establecidos orgánicamente. Ello permite aumentar el control de las autoridades, y disminuir los casos de corrupción⁴³, entre otros⁴⁴. Por ello, puede decirse que en algún sentido forma parte de los mecanismos de “checks and balances” de una sociedad, y específicamente, de control social.

k) Adicionalmente, la libertad de expresión favorece la realización de una serie de objetivos sociales no políticos (económicos, culturales, etc.)⁴⁵, aunque debe recordarse que sólo los de carácter institucional justifican la especialísima protección dada a la información de interés público.

Por todo ello, podemos decir que la calidad de la libertad de expresión, y su efectivo ejercicio, será un elemento indicativo de la calidad y profundidad de la democracia.

⁴² Thomas I. EMERSON, “*Toward a General Theory of the First Amendment*”, The Yale Law Journal, Volume 72 (1963), p. 4 y ss.

BORK señala que la libertad de expresión tiene una gran capacidad expansiva y progresista, y que es capaz de “derribar regulaciones de actividades económicas, controles de entrada al comercio, restricciones a la conducta sexual (...) y otras similares”. Robert BORK, “*Neutral Principles and Some First Amendment Problems*”, Indiana Law Journal, Vol. 47 (1971), pp. 26-27.

⁴³ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000), Principio 19: “Garantizar el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de gobierno y la consecuente disminución de la corrupción en la gestión estatal”.

⁴⁴ El TSA ha destacado el rol que la prensa tiene “para derramar y seguir derramando, más luz sobre los negocios y asuntos públicos de la nación”, añadiendo que es la “opinión pública informada la más potente de todas las restricciones contra el mal gobierno” (*Grosjean v. American Press Co.*, 279 U.S. 233, 249, 250 (1936)). Un caso interesante está reflejado en el fallo de la CEDH N° 14277/04, *Guja v. Moldavia*, de fecha 12 de Febrero de 2008. Este refiere que el 31 de Enero de 2003 el diario Journal de Chisinau publicó un artículo titulado: “La intervención de Vadim Misim en los fiscales”, que aludía especialmente a una causa donde cuatro policías que habían sido detenidos por el arresto injustificado y acciones violentas contra diez personas, y en el cual Misim había hecho gestiones por su liberación. Estas se hicieron públicas cuando el jefe del departamento de prensa de la fiscalía general informó de dichas cartas a la prensa en febrero de 2003, siguiendo, según él, las directrices del Presidente de Moldavia, que había solicitado colaboración de todos para “combatir el tráfico de influencias en las causas judiciales”. No obstante ello, el 3 de Marzo de 2003 el funcionario fue despedido por vulnerar las normativas internas sobre confidencialidad de la información. Luego de no lograr vencer en las instancias internas, Guja recurrió a la Corte Europea invocando los casos de *Thoma v. Luxembourg* y *Jersild v. Denmark*, obteniendo una indemnización a su favor de €10,000.

⁴⁵ Como hemos ya señalado, la existencia de información es fundamental para el desarrollo científico, económico, cultural y social, lo que vuelve a este derecho una prioridad estructural de cualquier modelo político centrado en la dignidad humana, y es fundamental para la paz y el progreso. En una sola palabra, la libertad de expresión es fundamental para alcanzar tanto el bienestar individual como el bien común.

Además, sostendremos que la libertad de expresión que puede darse en sistemas democráticos, o al menos que este constituye su escenario más propicio⁴⁶.

3.2.- La existencia de una opinión pública libre, activa, desenvuelta y vigorosa como elemento fundamental de la democracia.

Una vez más, el derecho norteamericano ha sido la principal fuente de referencias a nivel mundial sobre esta materia, siendo numerosas las sentencias que señalan la importancia de una ciudadanía informada y de un debate público vigoroso sobre los asuntos públicos.

Una de las citas jurisprudenciales más célebres sobre materias de libertad de expresión, tanto en Estados Unidos como a nivel internacional, se refiere precisamente a este punto, y corresponde a un fallo disidente del juez BRANDEIS en el que enfatiza, por primera vez en dicha tradición jurídica, la necesidad de contar con ciudadanos activos y empoderados en el ejercicio de sus libertades y derechos, vinculando este resultado a la Primera Enmienda.

“Aquellos que ganaron nuestra independencia creían que el fin último del Estado era dotar a los hombres de libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas de la razón deberían prevalecer sobre la arbitrariedad. Ellos valoraban la libertad como fin en sí misma tanto como un medio. Ellos creían que la libertad era el secreto de la felicidad, y que el coraje era el secreto de la libertad. Creían que la libertad para pensar lo que a cada uno le plazca y para decir lo que cada uno piensa eran medios indispensables para descubrir y difundir las verdades políticas; que sin libertad de expresión y de reunión la discusión sería inútil, y que con ellas la discusión proporciona ordinariamente una protección adecuada en contra de la diseminación de doctrinas perniciosas. Creían que la mayor amenaza para la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es un deber político, y que éste debería ser un principio fundamental del gobierno estadounidense”⁴⁷.

Este tipo de opiniones puede encontrarse en muchas otras sentencias⁴⁸. Por ejemplo, en *Cohen v. California* se señala que “el derecho constitucional a la libertad de expresión(...) está diseñado para remover las restricciones gubernamentales de la arena de la discusión pública, dejando un amplio espacio para la deliberación de nuestras opiniones (...) en la esperanza que el uso de esta libertad producirá, en última instancia, una ciudadanía más capaz y una forma de gobierno más perfecta, y en la creencia de que ningún otro enfoque sería compatible con la premisa de la dignidad humana y la elección sobre la cual descansa nuestro sistema político”⁴⁹.

⁴⁶ En todo sistema no democrático existirán diferentes niveles de respeto de algunos derechos, aunque ellos adolecerán de una precariedad estructural. Ver también Dieter GRIMM, “Freedom of Speech in a globalized World’ in *Extreme Speech and Democracy*”, Oxford University Press (2009) p. 11.

⁴⁷ *Whitney v. People of State of California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), opinión concurrente. Sin embargo, la realidad muestra que este propósito tan deseado y respetado, muchas veces se ha quedado en las palabras, ameritando otro tipo de medidas complementarias.

⁴⁸ *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 388, 389 (1967), señala que “la prensa definida de manera amplia, asegura el mantenimiento de nuestro sistema político y una sociedad abierta”. En el mismo sentido *Grosjean v. American Press Co.*, 297 US 233, 233, 249, 250 (1936); *Denis v. U.S.*, 341 US 494, 503 (1951), entre otros.

⁴⁹ *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971).

Fundado en esta razón, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha validado una amplia protección a las expresiones relativas a asuntos de interés público, sin importar que ellas puedan resultar molestas o chocantes, o que puedan afectar a personas involuntariamente envueltas en ellas, generando parámetros que en mayor o menor medida, ha sido luego seguido por la jurisprudencia y el derecho a nivel general⁵⁰.

La doctrina y la jurisprudencia española sobre la importancia de contar con una opinión pública fortalecida es abundante y uniforme. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado en numerosas ocasiones que “el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1 apartado 2, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política”⁵¹.

En el mismo sentido dirá que “la formación de una opinión pública libre aparece como una condición para el ejercicio de derechos inherentes a un sistema democrático, por lo que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político”⁵², o que “(...) una reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha venido destacando que la posibilidad del libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre, ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”⁵³.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha vuelto sobre el tema al justificar la especial protección dada a la libertad de información en el ordenamiento jurídico español, señalando que reiteradamente ha señalado que este reside “no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”⁵⁴.

⁵⁰ Uno de los casos más relevantes en este sentido es el ya citado *New York Times Co. v. Sullivan*, que restringió drásticamente la posibilidad de acoger demandas por difamación provenientes de funcionarios públicos o personajes sociales relevantes, considerando que ello entorpecería el debate “libre, abierto y vigoroso” que busca la Primera Enmienda en relación a los asuntos de interés público.

⁵¹ STC 6/1981, FJ3. En un sentido similar, la ya citada sentencia *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), y la CEDH N° 32686/96, *Marónek v. Slovakia*, de 19 de abril de 2001, párrafo 52.

⁵² STC 107/1988, FJ 2, en que cita la STC 6/1981; STC 104/1986; y la STC 165/1987. Ver también STC 159/1986, FJ 6; y STC 148/2002, FJ 4.

⁵³ STC 47/2002, FJ 4 (el caso se refiere a los insultos recibidos por un Alcalde durante un pleno del Concejo Municipal) señala que ella obedece a un criterio constante mantenido por el TCE desde la STC 6/1981, FJ 3, pero agrega a ella otras sentencias del mismo tribunal e incluso de la CEDH (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4; en el mismo sentido, CEDH N° 5493/72, *Handyside v. United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1976; y CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986).

⁵⁴ STC 12/2012, FJ 4, citando a la STC 68/2008, FJ 3.

En alguna sentencia el Tribunal Constitucional ha recalcado este factor, refiriéndose en reiteradas oportunidades a la “opinión pública” como una “institución política fundamental (...) indisolublemente ligada con el pluralismo político (...)”⁵⁵. Incluso ha llegado a atribuir a la prensa una “función constitucional”⁵⁶.

La utilización de esta expresión puede resultar a ratos sorprendente, ya que pareciera que con ella da un tratamiento de “entidad” a un concepto a todas luces abstracto e indefinido. Más sorprendente resulta la utilización de esta categoría, si consideramos que en un sentido estricto, ella se utiliza para referirse a organismos estatales o figuras jurídicas, creadas por la Constitución o por la ley, que prestan un gran servicio a la vida social y que es necesario proteger, pues de ellas depende en buena medida el orden estructural de la sociedad, ya sea en el campo político, social o económico, entre otros. Es decir, las instituciones son aquellos pilares fundamentales de nuestra vida social organizada, que por no ser dadas, debemos proteger, porque de ellas depende todo el orden institucional y nuestra propia protección.

Pero de ello no puede seguirse la atribución, al menos en un sentido estricto, de una función pública de los medios o a quienes trabajan en ellos. Por el contrario, la prensa realiza su aporte por medio de un proceso parcialmente caótico, a veces redundante y a veces incompleto, atomizado, desregulado y extra institucional. Ello es precisamente lo que permite un tipo de control social mucho más permanente, rápido y libre e inclusivo.

Tampoco corresponde dar un carácter orgánico al concepto de “opinión pública”, pues si bien algunas veces la comunidad de votantes se comporta, al momento de elegir las autoridades, como un órgano de toma de decisiones, dista mucho de ser una “institución pública”. Además, la “opinión pública”, que perdura en el tiempo más allá de los procesos electorales y que abarca un número mucho mayor de personas⁵⁷.

Por tanto, parece evidente que debemos comprender esta declaración jurisprudencial en un sentido más lato. Todo indica que lo que ha buscado el Tribunal Constitucional es reafirmar la importancia de la existencia de una opinión pública libre, informada y vigorosa, considerando su importancia dentro de la vida política y social en un sistema democrático.

Al final del día, más allá de todas esas dificultades para saber a qué nos referimos cuando hablamos de “opinión pública”, sabemos que “algo hay ahí” que es necesario cuidar y favorecer, en defensa de nosotros mismos, de nuestros gobiernos, y de nuestros derechos.

Asimismo, con esta declaración el Tribunal Constitucional enfatiza el objetivo finalista que justifica la especial protección dada a cierto tipo de expresiones, bajo la cual debe ser entendida e interpretada. En esta acepción, parece cobrar sentido lo señalado por VALLDECABRES ORTIZ, en cuanto a que “la consideración

⁵⁵ STC 12/1982, FJ 3.

⁵⁶ STC 176/1995, FJ 2.

⁵⁷ El universo de personas con derecho a sufragio generalmente es más reducida, al excluir extranjeros, jóvenes y personas que por cualquier razón han perdido su derecho a votar o no pueden ejercerlo.

doctrinal de la opinión pública como institución con relieve constitucional, ha servido positivamente para dotar de un contenido más amplio a las libertades de expresión e información a cuya conformación van dirigidas”⁵⁸.

Dicho lo anterior, es posible dar un paso más y realizar un análisis más preciso y exacto de lo que estamos protegiendo. Ello no será más la “opinión pública”, concebida como un sustantivo o ente de realidad, sino un procedimiento de formación de opinión por medio de la libre concurrencia de ideas y versiones diferentes y plurales, cuyo resultado será imposible de anticipar.

Por ello, la finalidad del artículo 20.1 Constitución Española es la de garantizar la libre concurrencia de una diversidad de opiniones, antes que garantizar un determinado resultado (la formación de una opinión pública libre, por ejemplo).

Por tanto, la libertad de expresión tiene como virtud principal dentro de una democracia contribuir a la formación de la opinión pública, entendida como aquello que permite que la existencia de una sociedad integrada por personas informadas, atentas, críticas y participativas, donde pueda hacerse real la idea de un gobierno “del pueblo, para el pueblo y por el pueblo”. Lo anterior resulta aplicable no sólo a los gobiernos centrales, sino a cualquier institución fundada sobre principios democráticos (clubes, iglesias, partidos políticos, sindicatos, etc.).

3.3.- Consenso internacional sobre la relevancia de la libertad de expresión como elemento necesario para la democracia y la protección de los derechos fundamentales.

En la actualidad existe pleno consenso a nivel comparado sobre la estrecha vinculación entre libertad de expresión y democracia⁵⁹.

Ejemplos normativos y jurisprudenciales en este sentido pueden verse en todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos y en todas las democracias constitucionales modernas.

3.3.1.- El sistema interamericano de protección de derechos fundamentales.

En el sistema interamericano, la consideración a la democracia como fundamento de la libertad de expresión tiene un espacio particularmente destacado, y sin duda se vincula a la fragilidad institucional observable en muchos países de la región, y a la multitud de regímenes autoritarios conocidos en su historia más reciente⁶⁰. En

⁵⁸ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 335.

⁵⁹ “En la cultura política Euro atlántica, libertad de expresión y democracia son dos conceptos co-extensivos”. Prólogo Antonio TORRES DEL MORAL, en el libro de Javier CREMADES, “*Los Límites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español*”, La Ley, Actualidad (1995).

⁶⁰ El artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana (2001) señala que la libertad de expresión y de prensa son componentes fundamentales de la democracia, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001. En vista de la falta de democracia en latino américa, el sistema interamericano ha preferido reglar en forma detallada, en forma más detallada que el sistema europeo, los derechos protegidos y las situaciones de excepción contempladas. Ximena FUENTES TORRIJO (2002), ob. cit., nota 14, p. 241.

ese contexto, se sostiene que entre la libertad de expresión y la democracia existe una relación “estructural, estrecha e indisoluble”⁶¹.

Uno de los documentos más elocuentes sobre esta materia es la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión⁶². Este señala que “la libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”⁶³.

Asimismo, en los criterios interpretativos para el mismo artículo primero, señala que “la consolidación y desarrollo de la democracia dependen de la libertad de expresión” y “cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático”⁶⁴, y que “el respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos humanos. El derecho y respeto de la libertad de expresión se erige como instrumento que permite el intercambio libre de ideas y funciona como ente fortalecedor de los procesos democráticos, a la vez que da otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación”⁶⁵.

Por otro lado, la tantas veces citada “*Opinión consultiva sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas*”, señala que “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de

⁶¹ El Relator Especial de la OEA para la Libertad de Información, en su Informe del año 2012, publicado el 5 de Marzo de 2013, (párrafo 9, Cap. III, p. 193), señala que la CIDH y la Corte Interamericana han subrayado en su jurisprudencia que existe una relación estructural del derecho a la libertad de pensamiento y expresión con la democracia. Es tan importante esta relación que los órganos del sistema han enfatizado que el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole. Luego, en el párrafo 11, indica que esta relación del derecho a la libertad de expresión con la democracia –definida como “estrecha” e “indisoluble”– se explica en parte por la doble dimensión de este derecho.

⁶² Documento elaborado por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA y aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108 periodo de sesiones, celebrado en Washington, del 2 al 20 de octubre de 2000.

⁶³ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000), ob. cit., nota 43, Principio 1.

⁶⁴ Ibid., párrafo 4.

⁶⁵ Ibid., párrafo 7. Por su parte, en la Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85, CIDH (1985), párrafo 69, la Corte Interamericana sostiene que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha manifestado en forma clara que la libertad de expresión es un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática, para su desarrollo y conservación. segundo párrafo del preámbulo y párrafo 1 de la parte declarativa. Además, en el párrafo quinto del preámbulo de la misma Declaración, se destaca la importancia de garantizar el acceso a la información en poder del Estado para aumentar la transparencia del trabajo gubernativo, dando un paso más adelante en el desarrollo conceptual sobre la información requerida para profundizar y perfeccionar el modelo democrático.

manifestarse (...)»⁶⁶. Para luego agregar que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”⁶⁷.

Adicionalmente, en el contexto del sistema americano, se han tomado una serie de iniciativas que buscan establecer refuerzos estructurales a la libertad de expresión, facilitando su goce efectivo por parte de las personas y la materialización del significativo aporte institucional que le corresponde. Dentro de ellos encontramos la necesidad de remover los obstáculos directos o indirectos (monopolio, violencia, etc.), la necesidad de terminar con los delitos de desacato, o el deber del Estado de dar acceso a la información pública que obra en su poder. Sobre este último punto, por ejemplo, la Declaración de Principios señala que el acceso a la información en poder del Estado es uno de los “pilares fundacionales de las democracias”⁶⁸, agregando que sin información pública “no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental. Este control se hace aún más necesario por cuanto uno de los graves obstáculos para el fortalecimiento de las democracias son los hechos de corrupción que involucran a funcionarios públicos. La ausencia de control efectivo “implica una actividad reñida con la esencia del Estado democrático y deja la puerta abierta para transgresiones y abusos inaceptables”⁶⁹.

El Convenio Interamericano de Derechos Humanos se ha referido a este aspecto en numerosas sentencias⁷⁰, señalando que “existe (...) una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática, Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y

⁶⁶ Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85, CIDH (1985), párrafo 69: “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.

⁶⁷ Ibid., párrafo 70.

⁶⁸ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000), ob. cit., nota 43, Principio 4 y 12.

⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002”, Capítulo IV, párrafo 20.

⁷⁰ “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada”. (CIDH, *“La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 68 (argumentos del tribunal).

“La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”. CIDH, *“Incher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 151 (argumentos del tribunal).

denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”⁷¹.

Finalmente, diremos que el Convenio ha señalado que la interpretación de la Corte Interamericana debe hacerse considerando especialmente “aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”⁷², criterio que alcanza con especial fuerza a la libertad de expresión.

3.3.2.- El sistema europeo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha señalado que la libertad de prensa “(...) pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el convenio”, pues “proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos (...)”⁷³.

Este criterio ha sido expresamente reconocido en numerosas oportunidades⁷⁴, en muchas de las cuales se ha referido a este derecho y al ejercicio que la prensa hace de él como “el perro guardián de la democracia”⁷⁵.

⁷¹ CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de Julio de 2004, párrafo 116. Ver también CIDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 68; y la sentencia en el caso CIDH, *Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafos 149 y 150.

⁷² Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85, CIDH (1985), párrafo 44.

⁷³ CEDH N° 5493/72, *Handyside v. United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1976, párrafo 42.

⁷⁴ CEDH N° 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre 1976, párrafo 49; CEDH N° 8734/79, *Barthold v. República Federal de Alemania*, de 25 Marzo 1985, párrafo 58; CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril 1992, párrafo 42; CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio 1986. Por ejemplo, en un caso que también afectó a España, el TEDH señaló que “el Tribunal (...) en múltiples ocasiones, ha recordado la importancia crucial de la libertad de expresión, que constituye una de las condiciones previas al funcionamiento de la democracia”. Esta afirmación de la función social de la libertad de expresión constituye la filosofía de base de la jurisprudencia del Tribunal relativa al artículo 10 (CEDH N° 35579/02, *Etxcheberria y otros v. España*, de 6 de noviembre de 2009, párrafo 63). Luego, en el mismo párrafo agrega que “Resulta, por un lado, que la libertad de expresión no es solo una garantía contra las injerencias del Estado (un derecho subjetivo) sino que es también un principio fundamental objetivo para la vida en democracia (...) la libertad de expresión no es un fin en sí misma sino un medio para el establecimiento de una sociedad democrática plural”. Asimismo, en el caso CEDH N° 28955/06, *Palomo Sánchez v. España*, de 12 de septiembre de 2011, párrafo 53, el Tribunal hace una referencia a este aspecto: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desarrollo de cada individuo. Con sujeción al párrafo 2 del artículo 10, ampara no sólo las “informaciones” o “ideas” recibidas positivamente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan o inquietan: así lo exige el pluralismo, la tolerancia y la apertura de espíritu sin los cuales no existe la «sociedad democrática». Tal como se consagra en el artículo 10, está provista de excepciones que requieren sin embargo una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe demostrarse de manera convincente (ver, entre otras, *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July*, precitada). Además del contenido de las ideas y las informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión (*De Haes y Gijssels v. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, párrafo 48, *Repertorio 1997-I*)”.

⁷⁵ CEDH N° 13778/88, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*, de 25 junio de 1992, párrafo 62.

Este recurso retórico nos parece de especial interés, por todas las implicancias que su simbolismo puede ofrecernos. Así, entre otras cosas, implica asociar los derechos reconocidos y su ejercicio con animales protectores, “amigos del hombre”, pero que hay que vigilar y educar, pues muchas veces pueden comportarse en forma irracional y dañina, así como permanecer pasivos ante situaciones donde se requeriría su protección. Sin embargo, balanceando todos sus riesgos y beneficios, se concluye que su presencia y compañía puede ser de mucho valor y utilidad.

Al mismo, la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos hace suponer que en sistemas democráticos más desarrollados y estables, la permanente vigilancia y protección del “perro guardián” sería menos relevante, pudiendo limitarse su circulación y vigilancia⁷⁶. Sin embargo, creemos que más allá de las diferencias que puedan darse entre distintas sociedades (como de hecho podría decirse, en general, del sistema americano en comparación con el Europeo), faltan todavía siglos de civilización para que el ideal de democracia que justificaría esta menor participación del “perro guardián” sea observada en cualquier país del mundo, si acaso pudiera darse (la naturaleza de los miembros de la sociedad siempre podrá poner en peligro hasta las más sólidas y serias instituciones).

En España, la jurisprudencia que va en el mismo sentido es abundante y reiterada, y va en expresa consonancia con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que tal “como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 7 de Diciembre de 1976, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática⁷⁷ y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno⁷⁸”; garantizando de esta forma la construcción y la existencia de una opinión pública libre, pilar de una sociedad libre y democrática⁷⁹.

3.4.- La función institucional de la libertad de expresión como fundamento para su especial protección

A diferencia de otros derechos protegidos constitucionalmente, establecidos en especial consideración a la persona humana y a su dignidad, la libertad de expresión se plantea como un requisito y un fundamento estructural de la democracia, por lo que su existencia y protección favorecerá el pleno ejercicio de

⁷⁶ Esta decisión debería ser objeto, obviamente, de un largo trabajo de deliberación política, pues supone elementos esencialmente valorativos. Pero a nuestro juicio, aún es necesaria mucha evolución y desarrollo institucional y madurez cívica para llegar a ese estado, justificándose plenamente los daños o incomodidades que el perro guardián pueda cometer en defensa del sistema democrático y los valores que este garantiza. La protección de la democracia exige una perpetua vigilancia, que sólo es posible lograr con la colaboración libre de los agentes sociales y por la activa fiscalización ciudadana, realizada en buena medida por la prensa y los medios masivos de comunicación.

⁷⁷ STC 6/1982, FJ 5.

⁷⁸ STC 235/2007, FJ 4.

⁷⁹ STC 159/1986, FJ 6; STC 107/1988, FJ 2; STC 121/1989, FJ 2; STC 85/1992, FJ 4; STC 336/1993 FJ 4; STC 132/1995 FJ 4; STC 192/1999 FJ 8; STC 110/2000, FJ 8; STC 232/2002 FJ 4.

los demás derechos protegidos (pues a su vez, estos alcanzan su más pleno reconocimiento en una democracia).

Este doble carácter, institucional e individual, aunque más el primero que el segundo⁸⁰, justifica la especial protección de que ha sido objeto, y permitirá que muchas veces sea privilegiado dentro de un ejercicio de ponderación frente a otros derechos protegidos constitucionalmente, aun cuando su ejercicio pueda ser muchas veces problemático e incluso claramente lesivo⁸¹.

La doctrina, por su parte, ha sido desde larga data generosa en este sentido, poniendo, en forma muy mayoritaria, las razones institucionales como el fundamento que permite dar a la libertad de expresión su mayor protección.

Así, por ejemplo, MEIKLEJOHN, muchas veces señalado como “el padre de la teoría moderna sobre la primera enmienda”, sostiene que ella no protege la libertad de expresión, sino la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos gobernamos, es decir, a un interés público relacionado con el autogobierno⁸², por lo que sólo el discurso político quedará constitucionalmente protegido⁸³. Incluso antes, el propio MADISON habría sostenido que “el valor y eficacia del derecho a elegir a los gobernantes depende del conocimiento de las ventajas y desventajas de los candidatos a la confianza

⁸⁰ Reiteramos nuestro parecer en cuanto a que la especial protección dada a la libertad de información en el contexto español sólo se justifica en el elemento institucional.

⁸¹ STC 42/1995, FJ 2 (en que cita las STC 104/1985; STC 171/1990; STC 172/1990; STC 40/1992; STC 85/1992 y 170/1994). En STC 185/2002, FJ 3 el TCE señala que “(...) desde la inicial STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3, hemos destacado que la posibilidad de libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. Por ello recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección”.

⁸² Alexander MEIKLEJOHN, “*The First Amendment is an Absolute*”, en *Supreme Court Review* (1961), pp. 253 y 255: “la libertad de expresión emerge de las necesidades del programa del autogobierno. No es una ley natural o de la razón en abstracto. Es una deducción del acuerdo fundamental de los americanos de que los asuntos públicos se decidirán por sufragio universal”.

⁸³ Alexander MEIKLEJOHN, “*Free Speech and Its Relation to Self-Government*”, Harper & Brothers (1948), p. 39. Luego amplía lo ya señalado diciendo que “muchas formas de pensamiento y expresión dentro del rango de la comunicación humana”, tales como “la educación”, “los avances en ciencias y filosofía”, “la literatura y las artes”, así como “la discusión pública sobre asuntos públicos” (Ibid., pp. 255-257).

pública y de misma libertad, por tanto, para examinar y debatir estas ventajas y desventajas”⁸⁴.

Las visiones más individualistas de los derechos como potestades deben ser contrastadas con las visiones más políticamente comprometidas de los derechos fundamentales, que integran la condición de persona a la de ciudadano gobernante, lo que vincula este derecho con el derecho y deber de los ciudadanos de participar en el proceso político (autogobierno)⁸⁵.

En un sentido, FISS señala que hoy existe consenso en que el propósito y objetivo de la primera enmienda (libertad de expresión) es la preservación de la democracia y el derecho de cada pueblo a decidir cómo gobernarse y vivir, para lo cual el libre flujo de información, el acceso y emisión a todas las informaciones y opciones disponibles, es fundamental⁸⁶.

En España también hay consenso sobre esta materia⁸⁷. Aunque en forma muy minoritaria, hay quienes critican este criterio⁸⁸.

Sin embargo, esta especial protección obedece a razones funcionales y no puede confundirse con el fundamento de la libertad de expresión⁸⁹. Aún si no contribuyera a estos propósitos, su existencia sería justificada, porque constituyen libertades que se asocian a la dignidad humana y por lo mismo pueden considerarse como previas al pacto social⁹⁰.

⁸⁴ Jonathan ELLIOT, *“The Debates in the Several State Conventions on the Adoptions of the Federal Constitution”*, Lenox Hill Publishing (1941), p. 575.

⁸⁵ Según TRIBE, quienes defienden a la libertad de expresión como derecho individual y como un fin en sí mismo olvidan que “las implicaciones más importantes de ella tienen que ver con la decisión de vivir en democracia” (Lawrence TRIEBE (1988), ob. cit., nota 2, p. 787).

⁸⁶ Owen FISS, *“Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power”*, Westview Press (1996), p. 12. En un sentido similar, Robert BORK (1971), ob. cit., nota 42, p. 27-28.

⁸⁷ María Luz LLAMAZARES CALZADILLA, *“Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático”*, Civitas (1999), p. 234.

⁸⁸ TORRES DE MORAL, quien señala que hay otros derechos que también son esenciales para este propósito (derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, sufragio, al libre movimiento, a asociación, entre otros) Un matiz distinto, igualmente crítico de la dimensión institucional, es sostenido por el autor, quien afirma: “No seré yo quien discuta que la libertad de expresión cumple esa esencial función. Mas ¿ella sola?, ¿ella por encima de otros derechos y libertades? El derecho de participación política –el derecho de sufragio activo y pasivo- y el de acceso a las funciones y cargos públicos, ambos recogidos en el artículo 23 de nuestro texto fundamental, son la hora de la verdad de la democracia, su factor principalísimo y núcleo irreductible, al menos en medida y términos tan elocuentes como la libertad de expresión”. “¿Ocupa aquélla una posición preferente ante la que los demás hayan de ceder? Se me hace difícil pensarlo. Pero mi respuesta sólo es condicionalmente negativa”. Antonio TORRES DEL MORAL, Prólogo al Monográfico de Santiago Sánchez González, *“La Libertad de Expresión”*, Marcial Pons Madrid (1992), p. 10.

⁸⁹ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 336: “El mayor o menor valor político de un discurso para el debate no es lo que fundamenta su libre emisión y recepción por los ciudadanos; esto sólo constituye un aspecto del valor social de estas libertades y un mayor apoyo para su tutela frente a otros intereses, pero no su razón de ser. La funcionalidad para la democracia (...) no es su rasgo definitorio”.

⁹⁰ GRIMM señala que si bien no hay democracia sin libertad de expresión, no puede concluirse que libertad de expresión implica democracia. Ello es importante porque muestra que la razón de ser de la libertad de expresión no deriva de la democracia, porque antes de ser un requisito del autogobierno, es un elemento de la autodeterminación personal y de la dignidad humana. Dieter GRIMM (2009), ob. cit., nota 46, pp. 11-12.

La relevancia para la democracia ha justificado que respecto de la libertad de información y expresión se hayan justificado un catálogo más amplio de pretensiones que frente a otros derechos en cuanto a su contenido esencial.

3.5.- Rol de los medios de comunicación frente a la libertad de expresión e información

En las sociedades modernas, habitualmente organizadas en urbes extensas, con masas de consumidores y trabajadores especializados, la dependencia a la información que se reciba por parte de los medios de comunicación formalmente establecidos es muy importante⁹¹.

En ese contexto, los medios de comunicación se organizan como empresas que requieren importantes esfuerzos de inversión y organización, posibilidad que ciertamente no estará al alcance del ciudadano común.

A través de complejas estructuras, y a través de los múltiples y sofisticados mecanismos con los que cuentan, se difunden ideas, opiniones, relatos de acontecimientos, productos culturales y artísticos, de diversión, entre otros.

Como consecuencia de ello, por mucho que podamos sostener que jurídicamente cada persona siga siendo titular del derecho a informar, en la práctica, el ejercicio de este derecho dependerá, en buena medida, de las posibilidades que se tenga de acceder a estos medios⁹².

3.5.1.- Los medios de comunicación y su doble dimensión de empresas productivas y agentes institucionales.

Los medios de comunicación organizados gozan de un doble carácter: por un lado, son empresas productivas, y por otro, reciben exigencias y privilegios propios del insustituible rol que juegan en democracia como comunicadores de información de interés general.

Este doble carácter, empresarial e institucional, les ofrece un estatuto de regulaciones y derechos, que muchas veces se superponen y potencialmente pueden entrar en conflicto, generando tensiones y confusiones que es necesario aclarar.

⁹¹ STC 6 1981, FJ 3: “(...) El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedaría vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (verbi gratia las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven”.

⁹² Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derecho Humanos han señalado en reiteradas oportunidades la importancia de los medios de comunicación para el funcionamiento de la democracia.

Por un lado, la consideración de los medios como unidades productivas (empresas) normalmente significará que coexistan en su tratamiento elementos de tipo general, aplicables a cualquier otra unidad del mismo carácter, con otros de naturaleza más específica, vinculada a las necesidades y objetivos institucionales de la libertad de información.

Frente a esta situación, la posibilidad de desarrollar una regulación que asegure un óptimo ejercicio de la libertad de información es un asunto especialmente relevante, y que puede coincidir o superponerse a las regulaciones y necesidades propias del mundo empresarial.

El origen de esta problemática es de antigua data. Mucho antes del desarrollo de la libertad de información, con todo su desarrollo de finalidades colectivas y democráticas, la protección del pluralismo y de la libertad informativa había sido realizada por medio de un derecho de claro signo empresarial: la libertad de prensa.

Vinculado estrechamente a la defensa de la propiedad (el derecho tradicionalmente más valorado, sobretodo en la tradición anglosajona), esta garantía aseguraba a cualquier persona la posibilidad de crear, organizar y dirigir medios de comunicación⁹³, desde los cuales podía, ejerciendo los atributos propios del dominio, actuar y expresarse libremente.

Esta construcción permitió desarrollar, desde una base conceptual sólida y bien asentada, una defensa operativa de las libertades comunicativas, que sólo comenzó a ser revisada en la segunda mitad del siglo XX bajo la influencia del neoconstitucionalismo⁹⁴.

Ahora bien, es interesante preguntarse por qué algunas normativas establecieron una categoría especial a la libertad de prensa, en circunstancias que ella podría ya estar garantizada en las normas que garantizan el derecho de propiedad y la libertad económica.

Más allá de las razones históricas que motivaron cada texto en particular, dos posibles respuestas surgen en forma inmediata. La primera de ellas, dice relación con el estricto control que las monarquías ejercían sobre lo publicado, y que buscaban acallar las críticas y propugnar la existencia de verdades oficiales, y que con el impulso revolucionario se quería revertir.

Asimismo, la consagración de la libertad de prensa e imprenta tuvo un propósito similar al tenido en consideración frente al reconocimiento normativo dado a la libertad de expresión, vinculado al llamado elemento institucional⁹⁵. Los propósitos y fundamentos de ambos fueron similares (lo que vuelve a relacionar este derecho con el de información) y permitirían ofrecer un estatus diferente para esta actividad económica que para otras, permitiendo otorgarle una protección reforzada y justificar diferencias en el trato y en su reglamentación. Sin este criterio, la prensa debería quedar sujeta a las mismas normativas generales que cualquier otra actividad económica.

⁹³ La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es un buen ejemplo en este sentido.

⁹⁴ Damián PERTILE, "Justicia, Periodismo y Sociedad: una Relación Controvertida", Trejo Ediciones (2005), pp. 16 y 17.

⁹⁵ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

Por ello, podemos sostener que existe una estrecha relación entre la libertad de información y el derecho a crear medios de comunicación, como claramente lo ha sostenido la STC 12/1982, que en su FJ 3 señala que “no hay inconveniente en entender que el derecho a difundir ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”.

Esta vinculación tuvo muy buenos resultados en el ámbito de la libertad de expresión, dado que en los tiempos y lugares en que fue desarrollada la propiedad privada constituía el centro de las garantías de las que podía disponer un ciudadano frente a los abusos de poder, y en el que no existían muchas otras herramientas más efectivas que el papel impreso para transmitir ideas e informaciones a públicos masivos.

Pero cabe preguntarse por qué se ha mantenido en el Derecho contemporáneo, donde los cambios sociales, culturales y tecnológicos han sido tan notorios, y donde garantizar la posibilidad de acceder a una imprenta y producir con ella un panfleto, un diario o un libro, sólo contribuiría en forma marginal a la construcción de la opinión pública, o al debate sobre los asuntos de interés general.

La clave para entender lo anterior está en la flexibilidad y apertura de criterios con que este derecho ha sido entendido, incorporando en ella todas las formas y medios que permiten la comunicación de informaciones e ideas a otros.

Adicionalmente, la consagración de un derecho diferente como la libertad de información, pero también vinculado fuertemente a los medios de comunicación, ha permitido alcanzar aspectos cuya protección resultaba difícil desde la libertad de prensa e imprenta, como por ejemplo, las facultades de investigar y preparar información, el derecho a recibirla, la protección de las fuentes, entre otras.

Sin embargo, esta situación de doble dimensión de los medios plantea una cierta tensión de objetivos, que no siempre ha sido fácil de abordar.

Por un lado, cuando consideramos a los medios como empresas, abordaremos su regulación desde una lógica económica y empresarial. Bajo esta mirada, por ejemplo, se propiciará la restricción a la concentración en el mercado periodístico fundado exclusivamente en un interés público de naturaleza económica (buen funcionamiento de los mercados, precios, competencia, etc.), para lo cual bastarán, a su vez, las herramientas y criterios que ofrece la legislación general.

Por otro lado, y sin negar valor al desarrollo anterior, cuando analizamos el rol de los medios desde una perspectiva más política, pueden plantearse propuestas originadas en una lógica y un interés estructuralmente distinto, aunque probablemente coincidente en muchos aspectos y propuestas, y que, siguiendo el ejemplo ya usado, busque desincentivar el monopolio como una forma de fomentar el pluralismo informativo, y a través de ello, favorecer el desarrollo de una opinión pública mejor informada⁹⁶.

⁹⁶ La sentencia del caso Spiegel, por ejemplo, señala expresamente un deber del Estado de “defender a la prensa libre de los peligros que para esta pudiesen surgir de la formación de monopolios de opinión”. Caso *Spiegel*, 20 BVerfGE, p. 162, 1966, citado por Juan José

4.5.2.- Problemas derivados del carácter económico de los medios de comunicación.

Pese a los avances y buenos resultados obtenidos mediante la vinculación de las posibilidades expresivas al derecho de propiedad, el doble carácter empresarial e institucional de las empresas periodísticas ha recibido distintos tipos de cuestionamientos⁹⁷. En general, ellos se relacionan con las imperfecciones que ofrece un sistema así planteado para garantizar una protección efectiva y universal del derecho consagrado, estableciendo una serie de obstáculos e impedimentos indirectos a su ejercicio.

El primer cuestionamiento, deriva de la alta inversión económica que requiere en la actualidad la organización de una empresa informativa⁹⁸, condicionando de alguna manera la capacidad de ejercer efectivamente la libertad de información a la capacidad económica. Esta situación podría dejar reducida a poco la garantía constitucional ofrecida en forma universal, planteando numerosos reparos y propuestas correctivas.

Otro motivo de crítica y tensión ha sido el reconocimiento de la inevitable existencia de intereses privados e intereses colectivos, siendo difícil generar los adecuados incentivos estructurales para que ambos coincidan, sin restringir significativamente los derechos del titular. De este modo, los objetivos lícitos de una empresa privada no tienen por qué confluir necesariamente con el propósito constitucional de informar adecuadamente y promover un debate libre y vigoroso sobre los asuntos de interés público⁹⁹, los que bajo ninguna circunstancia puede considerarse como parte del giro o las responsabilidades de la empresa.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, *“La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales”*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 11, Núm. 32 (1991), p. 107.

⁹⁷ Noam CHOMSKY y Edward S. HERMAN, *“Los Guardianes de la Libertad”*, Barcelona, Crítica (2000), p. 71 y ss. Del mismo modo, indica BRAVO que: “El sector de medios de comunicación en España está controlado por empresas privadas, por lo que son fuertes las resistencias al establecimiento de este tipo de mecanismos, lo que evidencia la falta de una verdadera cultura de auto regulación. Predominan, como ya he dicho, los intereses de tipo mercantil y político que llevan a buscar influencia y audiencia en públicos ávidos de noticias con detalles escabrosos y sensacionalistas sobre sucesos con relevancia judicial. Gabriela BRAVO, *“Ponencia Magistral. Derecho a la Información y Populismo Mediático”*, en *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos”*, La Ley (2012), p. 52.

Además: “La reflexión inicial desde el punto de vista ético es la existencia de una dimensión empresarial que hoy por hoy van adquiriendo paulatinamente los medios de comunicación, y que dificulta el ejercicio ético de la profesión periodística. Si además tenemos en cuenta que su razón de ser es la formación de la opinión pública, la dimensión empresarial es quien realmente está condicionando esa opinión. Y al hablar de dimensión empresarial me estoy refiriendo a la concentración de medios, que lógicamente ve adquiriendo una determinada empresa y a los que marca con una dirección editorial única, condicionante de la formación de la opinión pública”. Pedro APALATEGUI ISASA, *“Mesa Redonda. Ética Profesional de los Actores en el Proceso Judicial”*, en *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos”*, La Ley (2012), p. 201 (refiriéndose al caso Wanninkhof).

⁹⁸ Sin perjuicio de que las posibilidades ofrecidas por Internet parecen estar dando un interesante giro a esta realidad.

⁹⁹ Podría haber un matiz en este punto si adoptamos la tesis que define los asuntos de interés público como aquellos que interesan al público, ya sean estos deportes, pornografía o cualquier otro. Bajo esta lógica, la competencia en el mercado favorecería la existencia de aquellos medios

Esta circunstancia se ve agravada por la utilización instrumental de la información motivada por los intereses propios de periodistas, propietarios, y directivos, reconociendo al mismo tiempo que muchos de estos intereses (ideología, preferencias, simpatías) son completamente legítimos y forman parte de los bienes protegidos en un modelo democrático.

Pero estos intereses internos del medio no serán los únicos que puedan limitar o empobrecer el tratamiento dado a la noticia. A ello debemos sumar las presiones de los quienes contratan la publicidad de pago, de los cuales muchas veces depende la subsistencia de los medios, y la existencia de empresas especialistas en comunicación estratégica, contratadas por grupos de interés y por lo general alto poder económico, que buscan influir en la pauta informativa y en el tratamiento dado a los hechos noticiosos¹⁰⁰.

Por otro lado, es necesario considerar que al mismo tiempo, los medios de prensa, observados como un sistema, constituyen un mercado, con las características y eventuales problemas presentes en todos ellos: monopolios y oligopolios, competencia, integración horizontal, barreras de entradas, necesidad de obtener resultados operacionales positivos. Todo ello podría tener resultados en el tratamiento dado a las noticias, así como en las reales posibilidades de contar con un mercado pluralista y amplio de la información, las opiniones y las ideas.

Aun habiendo dicho todo lo anterior, no es claro que el objetivo comercial de las empresas periodísticas tenga necesariamente un efecto negativo respecto a la información, ni menos, que el modelo pueda ser reemplazado por otro sin graves consecuencias. En efecto, la exigencia de un mercado y la obligación de los medios de satisfacer al cliente, obliga a realizar esfuerzos de síntesis, calidad, priorización y atractivo, que de otro modo podrían no estar presentes.

Lo que sí puede considerarse un incentivo perverso para los objetivos de la libertad de información es la existencia de un público pasivo, desmotivado, poco preparado y poco exigente, puesto que la exigencia de masividad se puede transformar en un aliciente para la simplificación y deterioro de la calidad informativa. Sin duda, ello no contribuirá al logro de los objetivos institucionales ya señalados¹⁰¹.

más comprometidos con el interés público real. Pero ni aún en estos casos se podría garantizar que un medio, aprovechando su consolidada posición, o su credibilidad, utilizara pequeños espacios para proteger intereses específicos o mal informar en forma voluntaria.

¹⁰⁰ Muchas veces ello se realiza por la vía de abastecer a los medios de material ya preparado y de calidad suficientemente buena pero parcial y deliberadamente enfocada, que luego los medios no tienen tiempo o interés de reelaborar.

¹⁰¹ El desinterés de la comunidad en los asuntos públicos, puede provocar un efecto aún más grave y sutil, y que por razones de espacio y oportunidad sólo mencionaremos: la renuncia de la ciudadanía a ejercer sus derechos de control en forma autónoma y activa, podría ser aprovechado por la prensa, transformándolos en actores sociales y políticos de la más alta importancia. Cabe recordar al respecto la experiencia de Thomas Jefferson, uno de los primeros y más radicales defensores de la libertad de expresión en el derecho norteamericano. En efecto, luego de sostener que entre tener una comunidad sin gobierno o una sin prensa prefería lo primero, al terminar su gobierno manifestaba su desilusión de los medios y su incapacidad para abordar la realidad en forma justa y contribuir al desarrollo de una ciudadanía informada y activa. Los medios de comunicación cumplen en la actualidad un rol social muy distinto al que cumplían en 1950, época en que se redactó la Convención Europea de Derechos Humanos. En un texto actualizado sería normal que se haga referencia expresa a la libertad de los medios de comunicación y su

Otro de los obstáculos en relación al pluralismo está dado por las estructuras de propiedad de los medios de prensa, que podrían incluso considerarse, en los casos más extremos, como restricciones indirectas al ejercicio de la libertad de información y expresión, pues los intereses e ideologías de los grupos controladores, o la ausencia de estos, influirán en las opciones editoriales de los medios.

Sin embargo, los medios de comunicación, como unidades de carácter empresarial, deben auto sustentarse y generar el dinero suficiente para cumplir sus obligaciones (pagar costos fijos -insumos, sueldos-, financieros, satisfacer a los accionistas en su retorno esperado, etc.). Bajo esa exigencia, el fenómeno de la concentración en parte obedece de una necesidad real y legítima de contar con estructuras más competitivas, que permitan aprovechar las economías de escala, siguiendo en ello una tendencia observada a nivel mundial en casi todos los campos de la economía, y que goza de buenos y contundentes argumentos a su favor¹⁰².

Pero por otro lado, los indudables beneficios económicos y organizativos que pueden derivarse de esta optimización pueden tener un negativo impacto en la provisión de servicios informativos¹⁰³, lo que se ve agravado por el hecho de que el mercado de los medios, en general, se caracteriza por la participación de un número reducido de actores. Adicionalmente, el carácter local de muchas noticias, sumado a la limitación de los grupos de “consumidores”, hace inviable la existencia económicamente rentable de comunicaciones adecuadas respecto de las mismas.

Consciente de esta realidad, el Relator Especial para la Libertad de Expresión del sistema americano ha señalado respecto de Europa que uno de sus problemas de fondo “radica en buscar un equilibrio entre un adecuado nivel de concentración que les permita proteger sus mercados locales de radiodifusión y la necesidad de definir un límite para la concentración de manera que se preserve el pluralismo en

pluralismo, y a las políticas antimonopolios, sobre todo en los mercados naturalmente limitados como los de la radio y la televisión. Y tiene una gran relación con las políticas pro mercado y antimonopolios. MANGAS Araceli, “*Carta de los derechos fundamentales de la unión europea. Comentario artículo por artículo*”, fundación BBVA (2008), p.278-280.

¹⁰² “Aunque la concentración en los medios de comunicación social tiene algunas ventajas (tales como la preservación de aquellas empresas dedicadas a las comunicaciones que son amenazadas con cierre, o el establecimiento de grupos económicos capaces de afrontar la competencia en mercados internacionales, etc.), el fenómeno de la concentración económica, en especial cuando se refiere a los medios de comunicación social, puede alcanzar un límite más allá del cual la pluralidad de las fuentes de información (libertad de expresión e información) puede verse amenazada”. Council of Europe, Committee of Experts on Media Concentrations and Pluralism, citado por: Representative on Freedom of the Media (OSCE), “*The Impact of Media Concentration on Professional Journalism*”, Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE, 2003), p. 31.

¹⁰³ Ibid., p. 30-32. De esta forma, compartimos lo señalado por el estudio de la OSCE en cuanto a que “la concentración de propiedad en los medios de comunicación no puede determinarse a través de factores económicos tradicionales como la propiedad solamente”, así como el hecho de que “si bien el pluralismo y la diversidad de los medios de comunicación social deben ser protegidos, puede permitirse cierto nivel de concentración en la medida que éste permita a las empresas dedicadas a los medios de comunicación brindar mejores servicios en el mercado OSCE.

la información”¹⁰⁴. Este diagnóstico vale de la misma manera para muchas otras realidades.

Esta situación puede ser analizada desde diferentes perspectivas.

En primer lugar, desde la necesidad de combatir el monopolio y la concentración oligopólica (sanciones y prohibiciones contenidas en la legislación antimonopolios)¹⁰⁵ o incentivar el pluralismo por otras vías, considerando que su existencia “conspira contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos”¹⁰⁶.

Por otro lado, admitiendo que la libertad de expresión puede ser afectada por actos de particulares, es posible establecer regulaciones y medidas especiales y concretas en favor de un mayor pluralismo y diversidad informativa. Más aún, podría cuestionarse a los Estados que no tomen las medidas necesarias para ello, volviendo a fijar en el Estado el peso de garantizar un determinado estado de cosas respecto de los derechos fundamentales¹⁰⁷.

Sobre la misma base, muchas veces se ha planteado la conveniencia de establecer incentivos a la calidad de la información, al pluralismo informativo y a la libre difusión de la información, ya sea por vía de subsidios, exenciones o cualquier otro tipo de ayuda pública, considerando el carácter institucional que desempeñan o deben desempeñar los medios, y los deberes y responsabilidades que asumen en una sociedad democrática.

Ello estaría facilitado por la cláusula general de Estado Social del artículo 9.2 Constitución Española, referido al Estado Social (STC 6/1981, FJ 5). Pero aún sin ella, la sola ponderación de bienes tutelados realizada en sede legislativa podría permitir cualquier regulación de derechos, siempre que ella se encuentre justificada y sea legítima y proporcionada.

No contamos con los espacios para desarrollar el tema con la profundidad que se requiere. Pero cabe señalar que en su desarrollo se han ofrecido una gran cantidad de argumentos y propuestas. A modo de ejemplo, podemos mencionar la tesis que postulaba que la primera enmienda hacía inaplicables las normas antimonopolios a las empresas periodísticas¹⁰⁸. De otro lado, se ha sostenido que el Estado, para favorecer el pluralismo, no sólo está facultado para intervenir en la estructura productiva de los medios de comunicación (propiedad, producción, control, empresas relacionadas, financiamiento, integración -vertical y horizontal-, etc.),

¹⁰⁴ *Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión*, Año 2004, p. 73.

¹⁰⁵ Las medidas para combatir el monopolio pueden tener efectos positivos para el pluralismo informativo, aunque pueden resultar insuficientes. Ver al respecto lo sostenido por el principio 12 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000), ob. cit., nota 43.

¹⁰⁶ Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85, CIDH (1985), párrafo 56.

¹⁰⁷ Esta postura es consistente con numerosos planteamientos realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos Venezuela, Colombia, etc.), cuando reprocha a los Estados su pasividad o su falta de diligencia en la protección de un derecho prioritario en la construcción de una sociedad democrática.

¹⁰⁸ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945). Con buen criterio, el TSA rechazó esta pretensión (formulada por el demandante), agregando a las razones típicamente económicas otras de tipo institucional (pluralismo informativo, etc.).

sino que incluso en la estructuración interna de los mismos¹⁰⁹, aprovechando así la flexibilidad y apertura que ofrece la lógica de la ponderación¹¹⁰.

Sin duda, la doble condición de los medios de comunicación de empresas productivas y de actores sociales fundamentales para el ejercicio de la libertad de expresión y la vida democrática les impondrá una serie de regulaciones muy particulares, que no será posible observar en otras áreas de la economía y que deberán ser manejadas con sumo cuidado y criterio¹¹¹.

Si la prensa puede ser capturada por grupos de poder, y si su buen funcionamiento es necesario para la democracia, se hace necesario tomar medidas para evitarlo. La información de calidad es un bien básico de una democracia desarrollada, una especie de función pública fundamental, que corresponde sea realizada por particulares, dentro de un marco institucional que lo facilite.

Para ilustrar mejor este punto, tocaremos brevemente la relación entre prensa y poder.

En efecto, cuando se habla de la relación entre el dinero y la política como una falla estructural del sistema democrático (pues favorece la formación de oligarquías, redes de protección, clientelismo, corrupción y mal gobierno, por señalar solo algunos ejemplos), estamos hablando en buena medida de la relación entre la propaganda y la política, o también, de la relación existente entre la prensa y el poder.

La utilización de la prensa y los tribunales, por ejemplo, para urdir agresiones mediáticas (la pasada por el tribunal de un candidato u operaciones de esa naturaleza) puede constituir el mejor modo de hacer propaganda y vencer a un adversario político, levantar ciertos temas, cambiar el foco de atención de la opinión pública, etc.

Por ello, frente a la prensa y su relación con ciertos temas, no reina ni la confianza ni la ingenuidad, sino que predomina la suspicacia. La *carga de la prueba* se ha invertido. La prensa ha pasado de ser un acusador permanente, a ser un gran acusado, un sospechoso. Y las libertades y mínimas regulaciones que goza la

¹⁰⁹ Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 106.

¹¹⁰ Si bien este tipo de medidas podrían llegar a ser posibles, e incluso adecuada, su imposición deberá estar adecuadamente justificada de acuerdo a las exigencias de un juicio de ponderación. Por lo mismo, pareciera que atendiendo la naturaleza de los bienes involucrados, su ocurrencia sería particularmente excepcional.

¹¹¹ Finalmente, otro aspecto donde el doble carácter empresarial e institucional queda de manifiesto estará dada por la forma de protección al consumidor que se adoptará frente a este tipo de “mercado”. En ellos, existe de parte de los consumidores de noticia una asimetría importante en cuanto a la verificación de la calidad y completitud de la misma, por lo que se genera una situación de confianza parcialmente acrítica de la que el comunicador podría hacer un uso inadecuado. Al mismo tiempo, la existencia de informaciones públicas y variadas sobre los asuntos comunes es una prioridad pública esencial en una democracia, lo que podría llevar al Estado a asegurar su producción y justificar su regulación y control en forma estricta. Pero a su vez, chocaría con las necesidades de garantizar un ejercicio libre de los derechos, sin los cuales el propósito de general visiones pluralistas y múltiples sobre los mismos hechos se vería frustrado. En la práctica, esta situación tiene difícil solución, pero puede significar que se establezcan importantes sanciones a quienes entregan información falsa sobre el PH de un jabón o un champú, y máxima protección constitucional a quien entrega información incorrecta sobre el estado de la hacienda Pública nacional.

prensa se debilitan significativamente en cuanto se comienza a dudar de un supuesto un tanto naif: que los periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación actúan teniendo únicamente como norte el interés social, o bien que una “mano invisible” guía sus acciones, de modo que al final del día, la suma de todas las acciones dará un resultado positivo.

Todo lo anterior, podría llevarnos a proponer una regulación de las informaciones transmitidas por los medios sin más. Pero a la inversa, tampoco se puede ser ingenuo, porque ello también encierra un peligro, en muchos casos, mayor.

Muchas de las regulaciones implementadas en el mundo han tenido su origen en el supuesto interés de corregir “fallas de mercado” o “fallas estructurales”, pero la realidad es que al distanciarnos de la simplificada idea de la “acción regulatoria del Estado”, nos enfrentamos en estricto rigor a un grupo de personas que en un momento determinado controlan al Gobierno y sus distintas agencias, y cuyas acciones pueden estar influenciadas por otras causas o motivaciones que el interés público.

En un escenario en donde predomina un vocabulario con expresiones como “corrupción”, “conflicto de interés”, “captura”, “poder político” y “poder económico”, entre otros, se encuentra implícito un descrédito de las actuaciones basadas en el interés público, y por el contrario, una creciente inclinación por explicarse la realidad general y las políticas públicas y regulaciones, en base a un predominio, o al menos una significativa influencia, de los intereses privados.

Hoy, ante el hecho indesmentible de que la regulación falla (a veces igual o peor de lo que ocurre con el mercado no regulado), se suele mirar con escepticismo las explicaciones o versiones *rosas* de las causas de su fracaso. De hecho, como señalábamos más arriba, todos los políticos saben que es mucho más favorable una buena noticia que las más cara de las propagandas, lo que permite hacer, a los controladores de los medios de comunicación, una donación política en un bien mucho más escaso y eficiente que el dinero, y cuyos efectos son más funcionales (incluso, estas “donaciones mediáticas” podrían transarse). La regulación de las donaciones políticas y la relación entre medios de comunicación y poder debe ser tratado al mismo tiempo.

Tal como se ha enfatizado, la diferencia que existe entre un Estado pro mercado y un Estado pro empresas, en el caso de la información, podríamos diferenciar entre un Estado pro información veraz y pro transparencia, versus un Estado pro empresas periodísticas y pro grupos de poder.

Asimismo, creemos que hemos aportado antecedentes suficientes como para analizar, al menos, la posibilidad y conveniencia de regular a las empresas periodísticas y a sus principales productos (informativos), en miras de favorecer un interés general, al menos si creemos que si queremos evitar el abuso de poder, aumentar su control y disminuir los espacios para la génesis de la corrupción en los medios de comunicación.

3.5.3.- La tesis de la libertad de información como función constitucional

La innegable importancia de la información en toda sociedad democrática ha llevado a que parte de la doctrina¹¹², seguida de alguna jurisprudencia¹¹³, señale que la provisión de este servicio corresponde a un bien público, cuya producción se realiza por una suerte de mandato constitucional de libre configuración. Bajo esta comprensión, los medios de comunicación, por mucho que su propiedad, organización y gestión esté entregada principalmente a privados, realizarían una función pública, de vital importancia para la vida institucional.

Estas posturas parecen reflejar parte del esfuerzo realizado por el constitucionalismo moderno por superar las rígidas categorías heredadas del positivismo y liberalismo, que definen a los actores sociales y a otros elementos relevantes desde un modelo extraordinariamente simplificador y binario: lo público y lo privado. Este tipo de planteamientos tienen el valor de mostrar y hacer evidente cómo en un ámbito pueden existir situaciones de alto compromiso en el otro, y viceversa¹¹⁴, rescatando la necesidad de flexibilizar los rígidos criterios de lo público y lo privado.

Sin embargo, no parece que dichas diferencias puedan ser abandonadas del todo sin el riesgo de generar una confusión de fines con medios, así como de otros tipos de situaciones.

En efecto, aunque la libertad de información sea ejercida en buena medida por los medios, y de ellos dependa, en la práctica, nuestra posibilidad de contar o no con información de calidad, no debe llevarnos a desplazar la protección otorgada desde el objeto u objetivo mismo (la libre concurrencia de informaciones), a los actores institucionales que lo logran, convirtiendo a los propios medios de comunicación en aquello que resulta protegido por la garantía constitucional.

Por ello, parece un exceso sostener que la prensa sea un órgano del Estado o que ejerce una función pública¹¹⁵, salvo que ello se comprenda de un modo simplemente retórico, argumentativo y simbólico, más no estrictamente jurídico. En caso contrario, con el mismo criterio se podrá decir lo mismo respecto de los comerciantes y sus bodegas y tiendas, de los médicos y sus hospitales, de los agricultores y sus campos, y de toda suerte de profesiones y empresas fundamentales para el buen funcionamiento de la vida moderna, generando una situación completamente absurda.

¹¹² RIDDER señala que los medios de comunicación gozan de un reconocimiento constitucional y que su existencia es crucial para una sociedad democrática y de ella depende “la garantía institucional de la opinión pública”, por lo que forman parte de la arquitectura constitucional, del mismo modo que lo hacen los partidos políticos y otras asociaciones. Este reconocimiento constitucional se verificaría implícitamente en el artículo 21 de la Ley Fundamental, que expresamente admite la contribución de los partidos políticos a la formación de la voluntad política del pueblo, estrechamente vinculada con la opinión pública. Ella requiere también la existencia de otros factores. Citado por Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 101 y ss.

¹¹³ Las STC 76/1995 y la STC 176/1995, FJ2, atribuyen a los medios informativos una “función constitucional”, pues forman parte del sistema de frenos y contrapesos que supone la democracia.

¹¹⁴ Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1991), ob. cit., nota 96, p. 109.

¹¹⁵ En contra, Ekkehart STEIN, “*Derecho Político*”, trad. de Fernando Sainz Moreno, Aguilar Madrid (1973), p. 134.

3.5.4.- El pluralismo de medios como una necesidad de la sociedad democrática

Las mismas razones que han llevado a dar una especial protección a la libertad de expresión permiten que se adopten medidas adicionales que permitan alcanzar efectivamente los objetivos institucionales por ella perseguidos. Dado que sabemos que la sola consagración normativa de un derecho es del todo insuficiente para garantizar su protección y disfrute efectivo, desde la segunda mitad del siglo pasado se ha asignado constitucionalmente al Estado un rol más activo en su materialización.

De los múltiples propósitos buscados por la libertad de información, los más relevantes tienen relación con los objetivos institucionales, vinculados con la existencia de una sociedad democrática. Además, dado el consenso existente en el rol protagónico que los medios de comunicación juegan en una democracia, su forma de operar incide en la posibilidad de lograr un pleno y masivo ejercicio de la libertad de expresión e información. Por ello, el Estado debe remover todos los obstáculos que sea posible, permitiendo incluso exigir a los medios que ajusten sus estructuras para permitir que dicho derecho pueda ser efectivamente ejercido y cumpla con el crítico rol social que le cabe.

La necesidad de contar con una estructura pluralista de medios ha sido reiteradamente señalada como un requisito para el adecuado ejercicio de la libertad de expresión, especialmente en cuanto a que él incluye el derecho de la población a ser informado adecuadamente sobre los asuntos de interés general.

Sin una diversidad de puntos de vista, la posibilidad de contar con una comunidad informada y deliberativa, capaz de debatir vigoroso sobre los asuntos de interés público, disminuye, pues “la uniformidad en los medios de comunicación social fortalece el conformismo y desalienta la evaluación de otras perspectivas y opiniones”¹¹⁶.

El sistema interamericano ha resaltado la importancia del pluralismo en forma especial. Ello se debe, probablemente, a la histórica falta de diversidad informativa y manipulación de la información observada en los países que lo integran, y a la amenaza que esta carencia sigue significando para dichas democracias.

El Relator Especial sobre Libertad de Expresión se ha pronunciado numerosas veces al respecto, siendo el documento de mayor importancia al respecto el capítulo relativo a la concentración de los medios de comunicación y la falta de pluralismo como una restricción indirecta a la libertad de expresión, contenido en su Informe del Año 2004¹¹⁷.

¹¹⁶ Informe (2004), ob. cit., nota 104, Capítulo V, No. 21.

¹¹⁷ Este documento es el que la propia página web del Relator ofrece al referirse a la materia (consulta el 1 de Agosto de 2013). Sin embargo, no es el único ni el primero donde se trata esta materia. Un buen antecedente en este sentido es el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Año 2003, Vol. III; *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Año 2000, Vol. III, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Anexo 2: Comunicados de Prensa, PREN/24/00: Evaluación Preliminar sobre la Libertad de Expresión en Guatemala, p. 139, par. 20, entre muchos otros.

La CIDH también se ha pronunciado al respecto, recalcando el rol de los medios en una sociedad democrática, y señalando que sin pluralismo de miradas ellos pueden terminar restringiendo la libertad de expresión (*Ircher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párrafo 149).

En él, señala que “uno de los requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público. Y es por ello que el control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho de información de toda la sociedad”¹¹⁸. Anteriormente, la misma relatoría había señalado que muchas veces este factor era difícilmente percibido, debido a “su carácter sutil”¹¹⁹.

El mismo Informe señala que “la pluralidad denota el carácter esencial de la libertad de expresión para la vigencia de un régimen democrático. La libertad de expresión es condición para la transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en los sistemas políticos”¹²⁰, todos los cuales son, al mismo tiempo, objetivos propios de la libertad de expresión.

Por ello, dicho Informe concluye señalando que “la existencia de prácticas monopólicas y oligopólicas en la propiedad de los medios de comunicación social afecta seriamente la libertad de expresión y el derecho de información de los ciudadanos (...), y no son compatibles con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática”¹²¹.

Pese a que en el Convenio Europeo el pluralismo informativo no es tratado en forma expresa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido una postura reiterada al respecto, señalando que “sin medios de comunicación libres e independientes, los derechos fundamentales de los ciudadanos en cuanto a expresión, opinión e información pueden verse peligrosamente limitados”¹²².

Numerosas sentencias de jurisdicciones nacionales¹²³ y declaraciones de órganos políticos europeos han confirmado dicha posición¹²⁴.

¹¹⁸ Informe Año 2004, ob. cit., nota 104, Capítulo V, No. 17.

¹¹⁹ Ibid., Capítulo V, No. 10.

¹²⁰ Ibid., Capítulo V, No. 14.

¹²¹ Ibid., Capítulo V, No. 14.

¹²² Ibid., párrafo 50.

¹²³ Ver, por ejemplo, Caso *Spiegel*, 20 BVerfGE, p. 162, 1966. Citado por Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 107. Asimismo, el TEDH cuestionó el monopolio de la Corporación Austriaca de Radiodifusión, señalando que el Estado debe ser garante del pluralismo y que dicho monopolio no era necesario en el contexto de una sociedad democrática (CEDH N° 13914/88, *Lentia Informationsverein and others v. Austria*, Sentencia del 24 de noviembre de 1993, párrafos 31 a 39).

¹²⁴ “El vacío legal en el marco del Consejo de Europa ha sido parcialmente cubierto al adoptarse dentro del marco de la Unión Europea la Carta Europea de Derechos Fundamentales, (2000) señala en su artículo 11 que, Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras y que (2) se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”. Informe Año 2004, ob. cit., nota 104, Capítulo V, No. 52.

La Constitución señala al pluralismo como uno de sus valores esenciales, y por lo mismo, debe impregnar todas las interpretaciones del sistema jurídico español (art 20.3).

Adicionalmente, el artículo 20.3 Constitución Española explicita y organiza el mandato constitucional recién señalado, ordenando la regulación por vía legal y el control parlamentario de los medios dependientes del Estado, con el propósito de “asegurar su pluralismo y el acceso a los mismos de diversos grupos significativos”¹²⁵.

Pese a su carácter en cierto modo reiterativo, esta norma resulta interesante por múltiples razones.

En primer lugar, porque no sólo reconoce y valida, sino que exige, la regulación y el control de determinados medios, dada la importancia del pluralismo y del acceso a los medios por parte de “diversos grupos significativos” de la población.

Esta última frase establece, además, las razones y criterios que justifican y orientan estas acciones, y que puede ser correctamente extrapolada a otras situaciones y a otro tipo de medios de comunicación. Es decir, los criterios utilizados muestran los bienes que pueden considerarse como dignos de protección, y como tales, pueden tenerse en cuenta al realizar otros análisis similares, aunque para ello deberán existir razones especialmente poderosas (no las mismas)¹²⁶.

3.5.5.- Medios aptos para ejercer la libertad de información de acuerdo a la Constitución

El concepto de “medio” utilizado por el artículo 20 Constitución Española en los apartados a) y d) parece ser bastante amplio. En efecto, el primero se protege la transmisión mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y en el apartado d) se usa el término “cualquier medio de difusión”. Esta redacción permite incorporar a la protección cualquier nuevo medio, independiente del formato que utilice¹²⁷, evitando la vinculación a expresiones como “prensa” o “imprensa” utilizadas en el pasado.

Por ello, este concepto no puede ser determinado ni rígido, y sólo estará condicionado en cuanto a su efectiva capacidad de “difundir” o hacer llegar comunicaciones e informaciones a un público¹²⁸. Este último elemento, recalca a su vez la necesidad de la existencia de terceros (en plural) para que la protección

Otra muestra de ello las primeras es la resolución del Parlamento Europeo “on the Commission Green Paper Pluralism and Media Concentration in the Internal Market”, (OJ C 44/179. 14), de 1994, donde se señala que “el pluralismo es una regla fundamental dentro de las políticas (...) vinculadas a los medios de comunicación social”. Council of Europe, Media Diversity, Executive Summary, par. 10.

¹²⁵ STC 63/1987, FJ 6. En el mismo sentido, Antonio MAGDALENO ALEGRÍA, “El Derecho de Acceso a los Medios de Comunicación Públicos de los Grupos Sociales y Políticos Significativos en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Teoría y Realidad Constitucional, No. 18 (2006), p. 223 y ss.

¹²⁶ Por ello, si bien en ambos casos la libertad de información exigen regulaciones mínimas, ellas deben ser especialmente reducidas frente a empresas particulares.

¹²⁷ En el mismo sentido, Rafael BUSTOS GISBERT, “El Concepto de Libertad de Información a partir de su distinción de la Libertad de Expresión”, Revista de Estudios Políticos (1994), p. 276.

¹²⁸ STC 30/1982, FJ 4; STC 165/1987, FJ 10; y STC 219/1992, FJ 2.

sea posible, permitiendo que ella sea mayor mientras el público a que la información vaya dirigida sea más amplio.

4.- Síntesis de las diversas funciones de la libertad de expresión.

Después de haber analizado las distintas líneas argumentales que pueden dar fundamento a la libertad de expresión, podemos señalar que las diferentes estrategias argumentales utilizadas en su tratamiento no son contradictorias ni opuestas, sino generalmente complementarias y confluyentes¹²⁹.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria justifica la libertad de expresión es explicada desde su doble faceta de libertad individual, necesaria para la autonomía y el respeto de la dignidad de cada ser humano, y por otro lado, desde su faceta de garantía institucional o derecho instrumental, necesario para el juego político, la democracia, la búsqueda de la verdad y la prosperidad en general.

Asimismo, si ponemos el eje en las lecturas más clásicas, podemos definir la libertad de expresión como un derecho individual de alto impacto en otros bienes y valores de alto interés social o colectivo (culturales, económicos, políticos, etc.).

La forma de comprender y justificar los derechos fundamentales, así como los énfasis que cada persona quiera darle a sus diferentes aspectos y funciones, podría afectar el peso o preponderancia que cada una de ellas tenga en cada sistema legal o doctrinal, así como su resistencia o ductilidad frente a intentos de regulación o a la forma de ceder frente a otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes. De estas visiones dependerán además, en muchos casos, las técnicas o los criterios utilizados para resolver las situaciones de conflictos, así como su extensión, sus diferentes límites y sus contornos, por señalar los elementos más relevantes.

Por nuestra parte, creemos que todos los argumentos que justifican y promueven la libertad de expresión contribuyen a fortalecer su vigencia y protección, así como para extender su alcance, del mismo modo que diferentes focos apuntados sobre un mismo plano pueden aumentar la luminosidad del mismo, aunque en forma diferente frente a diferentes puntos.

El sistema de protección de los derechos fundamentales debe verse como una unidad de propósitos y objetivos, que por lo mismo, debe ofrecer flexibilidad para enfrentar ciertos momentos históricos y realidades culturales y socioeconómicas diversas. No es posible sostener que alguno de los objetivos que realizan sea per se mejor que otro. Solo podemos decir que una línea argumental resulta más propicia en un momento determinado y para una realidad dada. O si se quiere, podemos decir que para un modelo de vida cívica específica y deseado, ciertos derechos pueden presentar obstáculos o desviaciones inadecuadas, mientras que otros

¹²⁹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (2002), ob. cit., nota 129, p. 2. Citando a SHIFFRIEN, el autor sostiene que el fundamento de la libertad de expresión se encuentra en una multiplicidad de valores, entre los que se incluyen “la autoexpresión individual, la comunicación social, la participación política, la búsqueda de la verdad y de aquello que permite hacer opciones informadas, la catarsis social, la afirmación social de los derechos de igualdad, dignidad y respeto y la libertad frente a lo arbitrario, a la exaltación oficial y a la regulación gubernamental excesivamente intrusiva”.

resultan más estructurales y esenciales, por lo que deben ser protegidos y fortalecidos en forma especial.

Las distintas teorías, fundamentos y puntos de vista pueden ser utilizados para proteger la expresión, del mismo modo como una actividad cualquiera de la vida (la actividad física o la dieta sana) pueden tener diferentes razones y justificaciones, todas ellas más o menos convincentes o adecuadas a cada caso particular (dependiendo de los actores, del contenido del mensaje, de las circunstancias específicas en que se realice, de los demás derechos en que entre en conflicto, entre otras). Para lograr una adecuada protección de la expresión humana que a la vez sea mayor, mejor y más flexible, todas ellas son herramientas convenientes y útiles.

Así las cosas, creemos que el fundamento más poderoso para una situación dada puede ser distinto que para otras, y todas ellas con conjunto constituyen el fundamento de la libertad de expresión como concepto abstracto y aglutinador de todas ellas. Porque más que un derecho abstracto, lo que en realidad existe son situaciones concretas dignas de ser protegidas.

Por otro lado, si bien es posible sostener que existen derechos innatos, superiores y anteriores al Estado y resistentes a cualquier crítica y desarrollo doctrinario incompleto o equivocado, en la práctica, la protección de los mismos dependerá del consenso que exista sobre su alcance, contenido, así como sobre la forma de comprender el Estado de Derecho y la interpretación normativa.

En un régimen de fuerza o de facto, la vigencia de los derechos fundamentales será resorte de quienes detenten el poder (si bien hay autores que sostienen que sólo hay verdadero respeto por los derechos fundamentales, como concepto y como derechos, en democracia). Lo que queremos destacar en este punto, es que en muchos casos la protección de los derechos fundamentales dependerá de un asunto de persuasión, es decir, de la capacidad que tengamos para llegar al oyente y hacer que se sume a una posición. Y habrán oyentes que sean más sensibles a una línea argumental que a otra (libre mercado de las ideas o calidad de la democracia, por ejemplo), pudiéndose utilizar una u otra, o ambas, con el propósito de lograr el mismo objetivo.

También es preciso señalar que el cumplimiento de los objetivos que justifican la existencia y promoción de la libertad de expresión, son compartidos con otros derechos (e incluso con todos los derechos, si creemos que todos ellos forman un sistema organizado y consistente que debe entenderse, aplicarse e interpretarse en forma coordinada y unitaria), y más claramente con los derechos que le son afines, como el derecho a reunión, la libertad de conciencia, la libertad religiosa, entre otros.

Pero más allá del interés y la relevancia del análisis meta jurídico, para los operadores jurídicos la realidad será habitualmente diferente y definitivamente más sencilla.

En la actualidad, encontramos Constituciones, legislaciones y Tratados Internacionales que contienen formulas positivadas de protección a la libertad de expresión que no hacen referencia alguna a las teorías sobre los objetivos y fundamentos, y en muchos casos, ni siquiera sobre la totalidad de sus límites y contenido. Estas normativas, más que pronunciarse o entrar de lleno sobre la

cuestiones a las que en este capítulo nos hemos referido, simplemente zanján un asunto estableciendo una norma o una fórmula que recoge, en general, las distintas posiciones que han fundamentado a este derecho y que hemos expuesto con anterioridad, en forma más o menos consistente con el resto del ordenamiento jurídico, según sea el caso.

Sin embargo, ello no significa que la cuestión de los fundamentos carezca de importancia o que el problema haya quedado disuelto por la norma positiva. Estas soluciones se presentan a través de redacciones genéricas, incompletas, ambiguas e incluso parcialmente inconsistentes (como es propio de las negociaciones del proceso político y parlamentario y de los ensayos de redacción colectivos) y por lo mismo, estas normas requieren interpretaciones y precisiones.

Tal y como antes hemos señalado, esas redacciones incompletas no pueden ser consideradas un defecto, sino todo lo contrario. Ellas constituyen un muy buen punto de partida, una muestra de una voluntad común, consensuada y sostenible en el tiempo, construida allí donde antes no había nada o a lo sumo un grupo de posturas o teorías incompletas, antagónicas y a ratos confusas.

En su lugar, la positivización de los derechos fundamentales nos permite encontrarnos con frases sencillas, sobre las que se ha logrado un amplio consenso entre naciones (como en el caso de los Tratados Internacionales) o diversos grupos representativos de la sociedad (en el caso de una ley aprobada por el Parlamento), que se han propuesto respetarlas y hacerlas cumplir en forma activa y principal. Nos encontramos, por tanto, con fórmulas altamente respetadas, elevadas a la categoría de “fundamentales”, y que por lo mismo según algunos representan un nuevo “decálogo” que viene a reemplazar las antiguas prescripciones religiosas en un mundo supuestamente más laico.

En España, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han manejado estos asuntos en forma razonable, reconociendo en general todas las posibilidades, funciones y fundamentos de las libertades expresivas. De esta manera, si bien se señala que la primera aproximación que debe tenerse por definición a un derecho fundamental es el de garantía individual fundada sobre la dignidad humana, su carácter instrumental o “institucional” es también innegable y de mucho valor.

II.- Contenido de la libertad de expresión en cuanto derecho fundamental. Un enfoque desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su influencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Tribunal Constitucional español.

Nuestro interés por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos va mucho más allá de su recepción en los distintos países que voluntariamente han decidido someterse a su jurisdicción. En efecto, sus fallos y razonamientos son seguidos por la jurisprudencia de muchos países de Europa, así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁰, generando un efecto expansivo de las

¹³⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor el 18 de Julio de 1978; sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse sino hasta el 22 de Mayo de 1979. Los días 29 y 30 de Junio de 1979 tuvo lugar la primera reunión de la Corte Interamericana en la sede de la OEA en Washington, D.C.

mismas en todo el continente americano. Del mismo modo, su influencia alcanza a buena parte de la doctrina internacional, generando un núcleo de conceptos comunes en el lenguaje y comprensión de estos mecanismos de protección de la persona humana, haciendo progresivamente real su vocación de universalidad.

El creciente acopio de decisiones y criterios, relativos a las más diversas materias, marca una pauta relevante a la hora de comprender y determinar el contenido que tendrán los derechos fundamentales, así como las formas de su protección¹³¹. Esta enorme órbita de influencias ha generado una creciente atención por el trabajo de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1.- La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la comprensión del contenido y alcances de la libertad de expresión e información¹³²

En materias vinculadas a la libertad de expresión, la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sistema interamericano ha sido relevante, principal y muchas veces expresamente reconocida.

El Relator Especial para la Libertad de Expresión en su Informe del Año 2003¹³³ ha sostenido que “la amplia jurisprudencia de la Corte Europea sobre la libertad de expresión es una fuente valiosa que puede arrojar luz para la interpretación de este derecho en el sistema interamericano y servir como una herramienta útil para los profesionales letrados y demás interesados”¹³⁴.

La vinculación buscada entre ambas jurisprudencias es tan relevante, que en ocasiones llega al voluntarismo. Así, por ejemplo, en la incorporación de conceptos e instituciones claramente vinculados a otras tradiciones (reportajes neutrales, real malicia, entre otros, de desarrollo norteamericano), la Corte

¹³¹ Ello se ve facilitado, además, por la facilidad de acceso a sus antecedentes y bases de datos que gracias a la tecnología se ha logrado en los últimos años. Sin duda ello facilita el acceso a la jurisprudencia y a estudios relativos a la misma, así como su conocimiento y divulgación.

¹³² Existe un estudio preparado por la Relatoría Especial sobre libertad de expresión del sistema interamericano, realizada el año 2003, que compara el sistema europeo con el interamericano.

¹³³ Lo mismo puede deducirse de la “la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos puede servir de indicador relevante de la aplicación de la cuestión de la censura previa a nivel regional, en particular considerando el abundante número de casos que tratan de la libertad de expresión (...)”. CIDH, “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev.1 corr., de 22 de Octubre de 2002, pp. 212-213.

¹³⁴ AZURMENDI señala que las sentencias citadas se reiteran, lo que según ella se relaciona con la importancia de las mismas. En su trabajo, señala 16, a saber: *Scharsach y News Verlagsgesellschaft v. Austria* (2004); *Perna v. Italia*, (2003); *Dichand y otros v. Austria* (2002); *Partido Comunista Unido de Turquía y otros v. Turquía* (1998); *Bowman v. Reino Unido* (1998); *Lebideux e Isorni v. Francia* (1998); *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (1994); *Castells v. España* (1992); *Oberschlik v. Austria* (1991); *Müller y otros v. Suiza* (1988); *Mathieu-Mohin y Clerfayt v. Bélgica* (1987); *Lingens v. Austria* (1986); *Barthold v. Alemania Federal* (1985); *Sunday Times v. Reino Unido* (1979); y *Handyside v. Reino Unido* (1976). Ana AZURMENDI, “La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La influencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre”, en “Libertad de Expresión y sus Fronteras Contemporáneas”, G. TENORIO GUETO (coord.), Porrúa, México (2007), p. 21-50.

Interamericana de Derechos Humanos se refiere a ellos por vía de la adopción que de ellos ha hecho el sistema europeo¹³⁵.

Quizá más relevante que las semejanzas, que en buena medida reflejan la comprensión universal que existe para los derechos fundamentales, existen también algunas diferencias y matizaciones en el tratamiento dado a la libertad de expresión por ambos Tribunales.

Ello no debe sorprender, pues parece una de las características propias del sistema de derechos fundamentales, como puede apreciarse en los criterios divergentes existentes en las sentencias de cada país y de cada sistema, claramente apreciable en sus diferentes fallos y en los múltiples votos disidentes de que se deja expresa constancia.

Las diferencias existentes entre la Convención Europea y Americana en cuanto a la técnica normativa¹³⁶ no han sido óbice para generar una gran coincidencia de propósitos y criterios en el tratamiento dado a los principales temas vinculados a la libertad de expresión: su rol estructural como fundamento de la sociedad democrática¹³⁷, el reconocimiento de su dimensión individual y social o institucional¹³⁸, su importancia para la protección de otros derechos¹³⁹, la

¹³⁵ Ver por ejemplo CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de Julio de 2004. Cabe precisar que en este caso las referencias se encuentran en los peritajes y no en la argumentación de la CIDH (en *Ibid.*, p. 25).

¹³⁶ La libertad de expresión está incorporada como derecho en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (también conocido como Pacto de San José de Costa Rica), específicamente en su artículo 13, que señala: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...), la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. El inciso segundo prohíbe la censura previa y señala como razones para la sanción posterior del mal uso de la misma deben estar fijadas por ley y tener por objeto la honra, la seguridad nacional, el orden y/o la moral pública. El inciso tercero prohíbe la restricción de la misma por modos indirectos (“no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones). Finalmente, el último apartado prohíbe toda propaganda que incite a la violencia, la guerra, la discriminación racial y toda apología del odio nacional. Por otro lado, los artículos 1.1 y 2, los cuales indican que todo Estado asociado tiene la obligación de respetar los derechos estipulados en este tratado, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que adecuen su normativa vigente a su normativa.

¹³⁷ *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* (2012), ob. cit., nota 61, Capítulo III, párrafos 9 y 11 (p. 192). Hemos desarrollado este aspecto con mayor detención al referirnos a la democracia como fundamento de la libertad de expresión.

¹³⁸ En el mismo Informe descrito en la nota anterior, el Relator Especial señala en su párrafo 11 que como lo han indicado tanto la Corte como la Comisión, la libertad de expresión tiene un componente individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones, y uno de índole colectiva o social, consistente en el derecho de todas las personas a procurar y recibir cualquier información (informaciones e ideas de toda índole), a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada (citando el Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2009, Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II/CIDH/RELE/INF.4/09, de 25 de febrero de 2009, párrafo 15. Después, en el párrafo 13, el Informe agrega: “Gran parte de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de los órganos del sistema sobre la materia resaltan la importancia que se ha otorgado a la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión y su función en la democracia. En particular, a

valoración del pluralismo, la tolerancia que se debe a expresiones molestas, la utilización de la ponderación y la proporcionalidad para evaluar cualquier restricción, el concepto de “necesidad en una sociedad democrática” para legitimar las medidas restrictivas y sanciones, el desarrollo dado a la doctrina de los reportajes neutrales, el concepto de mínima intervención posible y de límite o núcleo del derecho, el tratamiento dado a las figuras públicas, entre otros¹⁴⁰.

2.- Influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional español en la comprensión del contenido y alcances de la libertad de expresión e información

La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Tribunal Constitucional también es significativa y muchas veces explícita, y en materias relacionadas con libertad de información y expresión ello puede observarse en forma clara y reiterada. Esta situación no debe extrañar, considerando la comprensión que los países europeos han dado a los derechos fundamentales, por lo que en este caso antes cabría hablar de coincidencia que de influencia.

Pero puede reconocerse un claro factor de influencia haciendo un seguimiento histórico de la recepción de criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizados por el Tribunal Constitucional, que además tiene base en la propia Constitución, que en el artículo 10.2 establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Resulta particularmente interesante observar que no ha sido óbice para esta confluencia de criterios el distinto tratamiento dado por ambos instrumentos normativos a la libertad de información y expresión. En efecto, la Convención Europea, a diferencia de la Constitución Española, trata a ambas libertades en forma unitaria y sin realizar distinción entre ellas.

partir de esta relación entre democracia y libertad de expresión la Corte y la Comisión Interamericana han definido en los últimos años un marco general respecto de los principios y estándares vinculados a la interpretación y aplicación del artículo 13 de la Convención – y IV de la Declaración Americana –, que pone énfasis en la especial protección de aquellos discursos relacionados con el interés público o con funcionarios de Estado y las condiciones a partir de las cuales pueden establecerse legítimamente limitaciones a este derecho en tales casos”.

FUENTES TORRIJO critica este punto señalando que al dar a ambos elementos el mismo nivel de importancia, se termina por privilegiar el aspecto individual, “mientras que siempre se podría presentar algún argumento plausible según el cual el aspecto social resulta, a la larga, mejor protegido en un entorno de completa libertad”. Ximena FUENTES TORRIJO (2002), ob. cit., nota 14, p. 234.

¹³⁹ El referido Informe sobre Libertad de Expresión (2012), ob. cit., nota 61, en su párrafo 17, indica que: “En clara sintonía con los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, los tribunales de mayor jerarquía en la región han reconocido de manera general la importancia y carácter especial del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el marco de sus sistemas jurídicos constitucionales. Este rasgo preferente ha sido explicado por la función instrumental que tiene este derecho dentro de los regímenes democráticos y como herramienta indispensable para el ejercicio de otros derechos”.

¹⁴⁰ Para un mayor desarrollo, ver Ana AZURMENDI (2007), ob. cit., nota 134.

3.- Elementos que caracterizan la libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español

3.1.- Doble dimensión subjetiva e institucional de las libertades expresivas

El primer y más relevante elemento en común sin duda es la consideración de la libre comunicación como un elemento esencial para un Estado democrático, además de como un derecho personal subjetivo. Este elemento, que lo hemos desarrollado con mayor extensión en otras partes de este trabajo, ha sido incorporado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en expresa referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalando que “hay que tener en cuenta, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 7 de Diciembre de 1976, que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática¹⁴¹ y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno¹⁴²” y la construcción y existencia de una opinión pública libre, pilar de una sociedad libre y democrática¹⁴³.

3.2.- La libertad de expresión como derecho preferente dentro del sistema de derechos

Como consecuencia de lo anterior, en ambas jurisdicciones se ha otorgado una protección adicional o fortalecida a las comunicaciones realizadas bajo el amparo de este derecho¹⁴⁴, especialmente si ellas contribuyen a realizar su función institucional.

Sin embargo, esta especial protección no es ni rígida ni permanente, sino que dependerá del juicio de ponderación que en cada caso deba realizarse. Particularmente, en ella deberá considerarse la presencia de elementos de interés público, pues son precisamente ellas las que justifican el aumento de la protección de las expresiones¹⁴⁵.

¹⁴¹ STC 6/1982, FJ 5.

¹⁴² STC 235/2007, FJ 4.

¹⁴³ STC 159/1986, FJ 6; STC 148/2002, FJ 4; STC 76/2002, FJ 3.

¹⁴⁴ STC 174/2006, FJ 3 señala: “Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza 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 misma naturaleza, 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; STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2)”.

¹⁴⁵ STC 21/2000, FJ 4 y las allí citadas, indican “que ha señalado reiteradamente que la libertad de información cuenta con una posición especial en nuestro ordenamiento, puesto que a través de

En otras palabras, solamente puede legitimarse las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad¹⁴⁶.

De esta forma, el sacrificio de un derecho fundamental por causa de una expresión o información, sólo será permitido en la medida en que sea necesario para asegurar la formación de una opinión libre en un Estado democrático¹⁴⁷, teniendo el cuidado de que esta prevalencia no vacíe de contenido a los demás derechos fundamentales consagrados constitucionalmente que pueden ser afectados. Lo contrario implicaría falsear “absolutamente...el principio de legitimidad democrática”¹⁴⁸.

3.3.- Protección a todas las formas y medios de expresión

La libertad de expresión protege a todas las formas de expresión (principio de “máxima divulgación”), independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Sin embargo, “las expresiones relacionadas con asuntos de interés público, con personas que ocupan o buscan ocupar cargos oficiales y aquellas que contienen elementos constitutivos de la identidad personal o de la dignidad de quien se expresa gozan de mayor protección bajo la Convención Americana, por lo que el Estado debe abstenerse en mayor grado de imponer limitaciones a estas formas de expresión”¹⁴⁹.

El Relator Especial ha enfatizado que esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo “se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público”¹⁵⁰.

Asimismo, ambas cortes han señalado que “la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden y chocan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática”¹⁵¹. Lo anterior refuerza lo señalado en cuanto a que los políticos, funcionarios públicos y otras

este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”. Por su parte, la STC 53/2006, FJ 5, sostiene que esta doctrina es “coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el Art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 144/1998, FJ 2)”.

¹⁴⁶ STC 171/1990, FJ 5.

¹⁴⁷ STC 112/2000, FJ 6; STC 171/1990, FJ 5; y STC 121/2002, FJ 14 (añade, tal como establece el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

¹⁴⁸ STC 104/1986, FJ 3.

¹⁴⁹ Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012), ob. cit., nota 61, Capítulo III, párrafo 14, p. 194.

¹⁵⁰ Ibid., Capítulo III, párrafo 36, p. 199.

¹⁵¹ Ibid., Capítulo III, párrafo 36 y 37, p. 199.

personas vinculadas a la formación de la opinión pública deben tener una mayor tolerancia a la crítica que el resto de las personas¹⁵².

3.4.- Especial protección dada a las expresiones que reflejen un asunto de interés público

La libertad de expresión tiene un ejercicio especialmente relevante y digno de protección cuando se refiere a difundir información sobre asuntos de interés colectivo o relacionadas con asuntos de interés público, con personas que ocupan o buscan ocupar cargos oficiales, estableciendo diferentes niveles de protección entre estas expresiones y otras (comerciales, artísticas, etc.)¹⁵³. Este criterio será relevante a la hora de evaluar la necesidad y proporcionalidad de las medidas y sanciones impuestas, debiendo el Estado abstenerse en mayor grado de imponer limitaciones cuando se refiera a las primeras¹⁵⁴.

Ello muestra que en ambos sistemas, el factor que da el mayor nivel de legitimidad a una expresión no será el estatus del sujeto, sino su contenido, en cuanto relacionado con un interés público. De esta forma, las expresiones relativas a una persona determinada estarán protegidas en cuanto al interés público que envuelven¹⁵⁵.

¹⁵² Ibid., Capítulo III, párrafo 45, p. 201: “(...) la jurisprudencia desarrollada en los últimos años por los órganos del sistema interamericano, un régimen democrático y pluralista debe propender a la mayor y más amplia circulación de informaciones, opiniones e ideas atinentes al Estado, a asuntos de interés público, a funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones o candidatos a ocupar cargos públicos, o a particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, así como al discurso y debate político, dejando un margen reducido a cualquier restricción estatal sobre las mismas”. La fuente de dicha afirmación se encuentra en el caso *Kimel v. Argentina*, (2008), párrafo 88; caso *Olmedo Bustos y otros v. Chile* (2001), párrafo 69; caso *Incher Bronstein v. Perú* (2001), párrafo 152; caso *Ricardo Canese v. Paraguay* (2004), párrafo 83.

¹⁵³ Así puede inferirse claramente de lo señalado en Ibid., Capítulo III, párrafo 43: “Esta Relatoría Especial ha sostenido que si bien todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, existen ciertos tipos de discurso que reciben una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia”. Luego, en su párrafo 44 agrega: “En efecto, la jurisprudencia interamericana ha reconocido de manera reiterada que el funcionamiento de la democracia exige el mayor nivel posible de discusión pública sobre el funcionamiento de la sociedad y del Estado en todos sus aspectos, esto es, sobre los asuntos de interés público. En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública. La gestión pública y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto. El control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana”.

¹⁵⁴ Ibid., Capítulo III, párrafo 14, p. 194.

¹⁵⁵ CIDH, *Palamara Iribarne v. Chile*, sentencia de 22 de Noviembre de 2005, párrafo 84.

3.5.- Titularidad activa y pasiva de la libertad de expresión

La libertad de expresión incluye tanto el derecho a expresarse y comunicar informaciones sin interferencias como a recibirlas¹⁵⁶.

Para que el ejercicio activo de la libertad de expresión sea facilitado, se consideran incluidas en el ámbito protegido las actividades de búsqueda de información y en general todas las que sean preparatorias para su difusión.

Para facilitar el acceso a la información y el libre debate, el Estado tiene el deber de facilitar el acceso a la información de interés general, desarrollándose en el último tiempo una serie de normativas en este sentido (transparencia, acceso a la información pública, etc.).

Por la misma razón, se reconoce la libertad de prensa, entendida como el derecho de toda persona a crear, organizar y dirigir medios de comunicación. De esta manera, se favorece la existencia de una diversidad de medios para la comunicación, sin el cual el goce efectivo de la libertad de expresión, y los beneficios sociales e institucionales que de ellos se esperan, sería seriamente limitado¹⁵⁷.

Pese a que la titularidad del derecho a la libertad de expresión es universal, los medios de comunicación y los periodistas hacen un uso especialmente activo del mismo, asumiendo un rol social de máxima relevancia (informar a la ciudadanía de los asuntos de interés colectivo)¹⁵⁸. Esta situación les permite gozar de algunos privilegios a la hora de ejercer los derechos vinculados a la libertad de expresión, pero sin desconocer que el ejercicio del periodismo y del derecho a expresión e información sigue siendo de carácter universal¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012), ob. cit., nota 61, Capítulo III, párrafo 12, p. 193: “Teniendo en cuenta esta doble dimensión, la jurisprudencia interamericana ha explicado que la libertad de expresión es un *medio para el intercambio* de informaciones e ideas entre las personas y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Se ha precisado que para el ciudadano común es tan importante el conocimiento de la opinión ajena o la información de que disponen otras personas, como el derecho a difundir las propias creencias o informaciones. FUENTES TORRIJO señala que: “resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno. Ximena FUENTES TORRIJO (2002), ob. cit., nota 14, p. 237. En el mismo sentido CIEDH, *Canese v. Paraguay*, sentencia de 31 de Agosto de 2004, párrafos 77 y 79; CIDH, *Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de Febrero de 2001, párrafos 146 y 148; y CIDH, *Claude Reyes v. Chile*, sentencia de 19 de Septiembre de 2006, párrafo 77.

¹⁵⁷ CIDH, *Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de Febrero de 2001, párrafo 147; CIDH, *Olmedo Bustos y otros v. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 65.

¹⁵⁸ CIDH, *Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de Febrero de 2001, párrafo 150. Por otro lado, “El periodismo (...) no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad (...) el ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención” (CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de Julio de 2004, párrafo 118).

¹⁵⁹ En su último Informe, el Relator Especial para la Libertad de Expresión recordaba, en su párrafo 135, que: “en dicha opinión, la Corte Interamericana explicó que el periodismo – por su estrecha relación con la libertad de expresión - no puede concebirse simplemente como la prestación de un servicio profesional al público mediante la aplicación de conocimientos

En este sentido, uno de los documentos más conocidos y comentados del sistema interamericano ha sido la Opinión Consultiva sobre la *Colegiación Obligatoria de Periodistas*¹⁶⁰, que señala la ilegalidad de las normativas que establecen requisitos de colegiación o título académico para ejercer la profesión de periodista, sin perjuicio de reconocer algunos beneficios y aportes que de la asociación gremial y los estudios puedan derivarse.

3.6.- Contribución de la prensa a la calidad de la democracia y al buen gobierno

La prensa favorece la existencia de una opinión pública fuerte, deliberante e informada, requisito esencial de toda democracia. Adicionalmente, ejerce un rol de “perro guardián”¹⁶¹, favoreciendo la fiscalización y la disminución de los casos de corrupción¹⁶². Lo anterior, como ya hemos señalado, supone la tolerancia a una cierta dosis de daño a otros derechos, así como de error e irracionalidad en el ejercicio de esta libertad, justificada por los beneficios que de su ejercicio se reportan.

3.7.- Deberes y responsabilidades del ejercicio de la función de informar

Al igual que la Convención Europea lo hace en su artículo 10.2, la jurisprudencia americana ha señalado que el ejercicio de la función de informar impone ciertos

adquiridos en una universidad, o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional (como podría suceder con otros profesionales)”. Así, para la Corte las razones de orden público que justifican la colegiatura de otras profesiones no se pueden invocar válidamente en caso del periodismo, porque llevan a limitar en forma permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho a hacer pleno uso de las facultades que el artículo 13 de la Convención Americana reconoce a toda persona, “lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta”. Más adelante, el mismo documento agrega que el Principio 6 de la Declaración de Principios expresa que: “(...) la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión”. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012), ob. cit., nota 61, Capítulo III, párrafos 137 y 138, p. 225.

¹⁶⁰ CIDH, Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85 (1985).

¹⁶¹ Esta expresión es propia del sistema europeo, pero su sentido ha sido plenamente asumido por el sistema americano. Por ejemplo, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2012), ob. cit., nota 61, Capítulo III, párrafo 44, p. 201.

¹⁶² “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático. Ello se aplica a los funcionarios y miembros de la Armada, incluyendo aquellos que integran los tribunales. Además, al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad” (CIDH, *Palamará Iribarne v. Chile*, sentencia de 22 de Noviembre de 2005, párrafo 83). Además, ver CIDH, *Canese v. Paraguay*, sentencia de 31 de Agosto de 2004, párrafo 72; CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de Julio de 2004, párrafo 101. Finalmente, se repite la idea de que: “El derecho a la libertad de expresión e información es uno de los principales mecanismos que tiene la sociedad para ejercer un control democrático sobre las personas que tienen a su cargo asuntos de interés público” (*Canese v. Paraguay*, párrafo 82; y *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, párrafos 97 y 120).

deberes y responsabilidades vinculadas a la relevancia e impacto de su actividad¹⁶³, y a la confianza depositada en ellos por parte de la comunidad.

Entre ellas, a tener un especial respeto por el pluralismo, “razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones”¹⁶⁴. Cabe señalar que estas obligaciones no solo alcanzan a los periodistas y medios de comunicación, sino a las fuentes de que muchas veces ellos se valen, en especial, cuando detentan un cargo público con acceso a información de interés público.

3.8.- Deber de diligencia (veracidad) como requisito de la protección reforzada de la libertad de expresión e información

Dado que la existencia de errores e inexactitudes en el ejercicio de la libertad de expresión es inevitable, la veracidad ha sido entendida en ambos sistemas como un deber de diligencia¹⁶⁵. Además, en el caso de los daños provocados por la libertad de expresión, se ha exigido prueba de real malicia de parte de quien ha hecho uso de la libertad de expresión, siendo ambas sumamente exigentes en la prueba de la misma¹⁶⁶.

3.9.- Figuras públicas y mayor admisibilidad de afectaciones por causa de la libertad de expresión

En el mismo sentido, ambos tribunales han señalado que los referidos a asuntos políticos son los que ostentan el más alto grado de protección. Por ello, el grado de crítica admisible será mayor en los casos de personalidades públicas¹⁶⁷, quienes se exponen conscientemente a una aguda e implacable observación y publicidad, especialmente cuando las informaciones divulgadas se refieren directamente con el desempeño de sus funciones¹⁶⁸. Frente a esta situación, la protección de la intimidad debe balancearse con los intereses públicos vinculados con el libre debate que en una democracia se requiere sobre cuestiones políticas¹⁶⁹.

¹⁶³ CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de Julio de 2004, párrafo 117.

¹⁶⁴ CIDH, *Ucher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de Febrero de 2001, párrafo 149; y CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 3 de Julio de 2004, párrafo 117.

¹⁶⁵ CIDH, *Kimel v. Argentina*, sentencia de 2 de Mayo de 2008.

¹⁶⁶ Informe de inadmisibilidad de las denuncias hechas por los venezolanos que acudieron a la CIDH redactado por el relator Eduardo Bertoni. Concluyó que la sentencia 1013 del Alto Tribunal de la República de Venezuela no violó la libertad de expresión, refiriéndose al caso *The New York Times v. Sullivan*, Corte Suprema de Estados Unidos.

¹⁶⁷ CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril de 1992, párrafo 46.

¹⁶⁸ STC 148/2001, FJ 6. En la STC 47/2002, en FJ 4 (el caso se refiere a los insultos recibidos por un Alcalde durante un pleno del Concejo Municipal), se repite la misma doctrina, señalándose que ella obedece a un criterio constante mantenido por el TCE desde la STC 6/1981, FJ 3, pero agrega a ella otras sentencias del mismo tribunal e incluso del TEDH (STC 159/1986, FJ 6; y STC 21/2000, FJ 4; en el mismo sentido, CEDH caso *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976, y caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986).

¹⁶⁹ CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986, párrafo 42; y STC 99/2002, FJ 6.

3.10.- Dificultad de distinguir entre los hechos objetivos de los juicios de valor

Así por ejemplo, en el Caso Lingens, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo necesidad de diferenciar los hechos de los juicios de valor para analizar correctamente los intereses en juego¹⁷⁰ (calificación que depende en primera instancia de los tribunales o autoridades internas¹⁷¹).

Del mismo entender es el Tribunal Constitucional, que declara: “la narración del hecho o la noticia comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para la redacción de la misma como para escoger el modo de transmitirla”¹⁷² y que la “expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, y a la inversa, la comunicación de hechos o noticias no se da nunca en estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo”¹⁷³.

Vinculado a lo anterior, ambos Tribunales han señalado que “la materialidad de los hechos puede ser probado, la exactitud de los segundos no es susceptible de prueba”¹⁷⁴, y el sólo querer hacerlo implicaría una violación de la libertad de expresión¹⁷⁵. La prueba de los hechos, en cambio sólo será posible cuando exista una base factual suficiente¹⁷⁶.

Sin embargo, para ambas jurisdicciones la protección constitucional supone que las noticias hayan sido comprobadas responsablemente y estén basadas en antecedentes objetivos¹⁷⁷, debiendo acreditarse la malicia del informador¹⁷⁸.

¹⁷⁰ CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986, párrafo 45. El demandante, periodista austríaco, fue condenado por difamación por escribir un artículo en el que describía cómo el canciller de Austria defendía a ciertas personalidades políticas acusadas de haber perpetuado crímenes de guerra durante la Segunda Guerra Mundial, y tachándolo de “oportunista indeseable”, “inmoral” y “persona sin dignidad”. Condenado por los tribunales nacionales, la CEDH estima que las expresiones objeto del litigio tenían como fondo una controversia política post-electoral y que los límites de la crítica admisible eran más amplios en este tipo de casos. Concluye por lo tanto que la condena es desproporcionada en relación al fin legítimo perseguido y constituye una violación del artículo 10 de la CEDH (párrafo 47).

¹⁷¹ CEDH N° 15974/90, *Prager y Oberschlick v. Austria*, de 26 de Abril de 1991, párrafo 63; CEDH N° 49017/99, *Pedersen y Baadsgaard v. Dinamarca*, de 17 de Diciembre de 2004, párrafo 76; CEDH N° 58547/00, *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria*, de 27 de Octubre de 2005, párrafo 32.

¹⁷² STC 192/1999, FJ 4.

¹⁷³ STC 6/1988, FJ 5.

¹⁷⁴ CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986, párrafo 46.

¹⁷⁵ CEDH N° 49017/99, *Pedersen y Baadsgaard v. Dinamarca*, de 17 de Diciembre de 2004, párrafo 76.

¹⁷⁶ CEDH N° 26958/95, *Jerusalem v. Austria*, de 27 de febrero de 2001, párrafo 43; CEDH N° 19983/92, *De Haes and Gijssels v. Bélgica*, de 24 de Febrero de 1997, párrafo 47; CEDH N° 58547/00, *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria*, de 27 de Octubre de 2005, párrafo 33; CEDH N° 75088/01, *Urbino Rodrigues v. Portugal*, de 29 de Noviembre de 2005, párrafo 32; y CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril de 1992, párrafo 48 (viola el artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos el tribunal que no admite prueba de los hechos que forman la base del juicio de valor y que han sido presentados por el demandante).

¹⁷⁷ STC 76/2002, FJ 3, citando a las STC 192/1999, FJ 7; y STC 110/2000, FJ 8; y CEDH, casos *Sunday Time*, y caso *Duroy y Malaurie*.

¹⁷⁸ STC 192/1999, FJ 6.

3.11.- Protección dada a las expresiones molestas y exclusión de protección del insulto e informaciones ofensivas carentes de valor. Posición frente al negacionismo histórico

Respecto al tipo de expresiones protegidas, ambos tribunales han sido claros en excluir de la protección ius fundamental a las injurias y ofensas¹⁷⁹. Sin embargo, deben protegerse no sólo aquellas expresiones o ideas acogidas favorablemente, sino también para aquéllas que chocan o inquietan, pues “así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no hay sociedad democrática”¹⁸⁰.

El mismo criterio ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁸¹, que para estos efectos se ha referido expresamente a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998 (caso *Lehideux*¹⁸²), de 8 de julio de 1999 (casos *Süreke*¹⁸³, *Baskaya* y *Okeçuoğlu*¹⁸⁴) y de 29 de septiembre de 1999 (caso *Oztiirk*¹⁸⁵). Es decir, para el Tribunal Constitucional “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (CEDH *De Haes y Gijssels v. Bélgica*¹⁸⁶, de 24 de febrero de 1997, párrafo 49)”¹⁸⁷.

Finalmente, la jurisprudencia ha sido tan clara al señalar que las injurias y ofensas desproporcionadas y que no aportan información relevante deben quedar excluidas del ámbito protegido, que no profundizaremos sobre el punto¹⁸⁸, y son una consecuencia natural de considerar el honor y la reputación como límites a la libertad de expresión¹⁸⁹.

¹⁷⁹ CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril de 1992; CEDH N° 37698/97, *Lopes Gomes Da Silva v. Portugal*, de 28 de Septiembre de 2000; STC 99/2002, FJ 5; y STC 174/2006, FJ 4.

¹⁸⁰ CEDH N° 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre de 1976, párrafo 49; CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril 1979, párrafo 65; CEDH N° 8734/79, *Barthold v. República Federal de Alemania*, de 25 Marzo de 1985, párrafo 58; CEDH N° 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo de 1988, párrafo 33; y CEDH N° 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 Septiembre de 1994, párrafo 49.

¹⁸¹ STC 62/1982, FJ 5 (señalando expresamente el caso *Handyside*); STC 171/1990, FJ 10 (el carácter molesto o hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información misma, refiriéndose al caso *Lingens*); y STC 235/2007, Antecedente 8.

¹⁸² CEDH N° 24662/94, *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de Septiembre de 1998, párrafo 55.

¹⁸³ CEDH N° 26682/95, *Süreke v. Turquía (no. 1)*, de 8 Julio de 1999, párrafo 58.

¹⁸⁴ CEDH N° 23536/94 y 2448/94, *Baskaya y Okeçuoğlu v. Turquía*, de 8 de Julio de 1998, párrafo 67.

¹⁸⁵ CEDH N° 22479/93, *Oztiirk v. Turquía*, de 28 de Septiembre de 1999, párrafo 64.

¹⁸⁶ CEDH N° 19983/92, *De Haes and Gijssels v. Bélgica*, de 24 de Febrero de 1997, párrafo 64.

¹⁸⁷ STC 235/2007, FJ 4.

¹⁸⁸ STC 815/2008, FJ 2, la Constitución Española “no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (...). STC 192/1999, FJ 7. STC 85/1992, FJ 4.

¹⁸⁹ STC 176/1995, FJ 3. Por su parte, en STC 76/2002, FJ 2 se indica que: “(...) la reputación ajena (art. 10.2 Convención Europea, CEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, párrafos 41, 43 y 45, y CEDH *Bladet Tromso y Stensaas v. Noruega*, de 20 de mayo de 1999, párrafos 66, 72 y 73),

Un punto relacionado a lo anterior pero que merece un interés autónomo tiene que ver con las posturas que han tenido los Tribunales y los Estados europeos para enfrentar el negacionismo, el racismo y la xenofobia¹⁹⁰. El asunto ha presentado numerosas dificultades, por la dificultad que implica distinguir entre el llamado discurso de odio y la expresión de ideas que “chocan o inquietan” y que han sido protegidas¹⁹¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido varias ocasiones de analizar casos al respecto¹⁹². En el caso *Jersild v. Dinamarca*¹⁹³, por ejemplo, estimó que un periodista que había tolerado las expresiones xenófobas de sus invitados, había respetado los límites de la libertad de expresión, por lo que la condena de que fue objeto no podía considerarse necesaria en una sociedad democrática y resultaba desproporcionada en relación al fin legítimo perseguido (párrafo 37). Algo similar ocurrió con la apología realizada al Mariscal Pétain¹⁹⁴.

En España, el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto, *inter alia*, en el Caso *Violeta Friedman*¹⁹⁵, el Caso *Hitler-SS*¹⁹⁶ o *Librería*

o el honor, constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (STC 297/2000, FJ 7; y STC 49/2001, FJ 5)”.

¹⁹⁰ Buscando establecer una base común, el 19 de Abril de 2007 la Unión Europea elaboró una decisión marco que debía ser implementada en un plazo de 2 años por todos los países de la Unión.

¹⁹¹ CEDH N° 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre de 1976, párrafo 49; CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979, párrafo 65; CEDH N° 8734/79, *Barthold v. República Federal de Alemania*, de 25 Marzo de 1985, párrafo 58; CEDH N° 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo de 1988, párrafo 33; y CEDH N° 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 Septiembre de 1994, párrafo 49.

¹⁹² CEDH N° 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 23 de Septiembre de 1994; CEDH N° 55/1997/839/1045, *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de Septiembre de 1998, (en la que se dice que la justificación de una política pro nazi no puede beneficiarse de la protección de la CEDH); CEDH N° 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero de 2000 (el negacionismo constituye un delito con una base política que va en contra de los fundamentos de una sociedad democrática).

¹⁹³ CEDH N° 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 23 de Septiembre de 1994.

¹⁹⁴ CEDH N° 55/1997/839/1045, *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de Septiembre de 1998.

¹⁹⁵ STC 214/1991. Violeta Friedman, residente en España, estuvo internada en el Campo de Concentración de Auschwitz, donde toda su familia, excepto ella y su hermana, perdieron la vida en las cámaras de gas. Tras las declaraciones del Sr. León Degrelle, antiguo jefe de las Waffen SS, quién declaró en la revista *Times* entre otras cosas que “el problema de los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos protegidos, si no tienen enemigos, los inventan”, o “los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios” o incluso “A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU., para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos”. Violeta Friedman interpuso una demanda de protección Civil de derecho al honor.

¹⁹⁶ STC 176/1995. La demanda gira en torno a la creación y publicación del álbum Hitler SS basado en la realización de un cómic en el que se satirizaba y ridiculizaba con el grafismo y el lenguaje que le es propio el fenómeno distorsionador o negador de la existencia de los campos de exterminio nazis, tomando como idea estandarte las frases y escritos del líder de la extrema derecha francesa Le Pen. Cobra por ello todo su sentido la apostilla crítica y satírica contenida en el libro de que “todo parecido con seis millones de personas que jamás han existido es pura coincidencia”, frase atribuida precisamente a dicho dirigente político.

*Europa*¹⁹⁷. En el primer caso, se afirmó que las declaraciones negacionistas, por más ofensivas que puedan ser, quedan amparadas por el derecho de la libertad de expresión por formar parte de juicios de valor subjetivos. No obstante el Tribunal Constitucional reconoció la vulneración del derecho al honor. En el segundo caso, estableció la prevalencia del derecho al honor, pues “la apología de los verdugos glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución”. No obstante, el 5 de marzo de 2013 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España a indemnizar al dueño de la librería Europa, condenado por un delito de justificación del holocausto¹⁹⁸ del que no había sido acusado en primera instancia. Condenada no por violación del artículo 10 CEDH si no por violación de un proceso justo en virtud del artículo 6.3 de la Convención, la Corte estima que no existe motivo para examinar la violación de la libertad de expresión del demandante.

3.12.- Uso de la técnica de la ponderación en el caso concreto como mecanismo interpretativo y de solución de conflictos entre derechos. Carácter excepcional de las restricciones a la libertad de expresión

Los derechos fundamentales no son ilimitados, y en su ejercicio y protección debe buscarse el respeto armónico de todos los demás derechos protegidos, lo cual se

¹⁹⁷ STC 235/2007.

¹⁹⁸ CEDH N° 61005/09, *Varela Geis v. España*, de 5 de Marzo de 2013. Varala Geis, encargado de la librería Europa, fue condenado a una pena privativa de libertad por negación del Holocausto, provocación de la discriminación, el odio y la violencia. Esto suscitó una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 607 del Código penal por el que se sancionaba “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos (de genocidio o análogos) tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”. La cuestión de inconstitucionalidad queda resuelta omitiendo las palabras “nieguen que”, lo que se ha interpretado por parte de muchos juristas y una buena parte de la doctrina como un alejamiento de la jurisprudencia del TEDH, pues recordamos que el mismo año 2007, la Unión Europea elaboró una decisión-marco para luchar contra el negacionismo, racismo y xenofobia. En la STC 235/2007, FJ 4, puede leerse: “Por circunstancias históricas ligadas a su origen, nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema -a diferencia de otros de nuestro entorno- no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (STC 48/2003, FJ 7). Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológicas, de participación, de expresión y de información (STC 48/2003, FJ 10) pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”.

realiza mediante la utilización de la técnica de la ponderación realizada en forma concreta¹⁹⁹.

Atendiendo a esta exigencia, pueden establecerse determinadas restricciones y regulaciones de los mismos, pero siempre con carácter de excepcionalidad²⁰⁰, y luego de un juicio de ponderación o balanceo, realizado de acuerdo a las exigencias establecidas para ello.

Sin embargo, la especial capacidad de la libertad de expresión para contribuir a la formación de la democracia y favorecer la protección de otros derechos ha significado que en la práctica muchas veces sea preferido frente a otros derechos cuando entran en conflicto. Pero ello no permite hablar de una superioridad ontológica del mismo, pues todos los derechos fundamentales tienen igual protección y vigencia, por lo que su preferencia sólo será estadística o *prima facie*.

Asimismo, se ha aceptado la concurrencia de tres requisitos básicos para validar la legitimidad y adecuación normativa de cada medida restrictiva. Así, la injerencia debe estar previstas en la ley, que deberá ser interpretada de manera estricta y restrictiva; deberá a su vez ser necesaria en una sociedad democrática (proporcionada) y perseguir una de las finalidades señaladas como legítimas por la Convención o la Constitución, según corresponda.

Cabe comentar brevemente que el concepto de ley, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es más material que formal (lo que lo diferencia, por ejemplo, de su símil Interamericano). De esta manera lo ha establecido el Tribunal en su sentencia del caso *Sunday Times*, señalando que el cumplimiento del requisito exige dos condiciones: “En primer lugar, requiere que sea lo suficientemente accesible: el ciudadano debe disponer de suficiente información sobre las circunstancias que permitirán que las normas jurídicas puedan ser aplicables. En segundo lugar, no puede considerarse como ley más que una norma que formulada con precisión suficiente que permita al ciudadano adecuar su conducta, teniendo asesoramiento jurídico adecuado y debiendo ser capaz de prever, en un grado razonable, las consecuencias de una acción determinada realizada en circunstancias concretas”²⁰¹. Estos mismos requisitos han sido recogidos por el Tribunal Constitucional²⁰².

Al referirse al criterio de proporcionalidad, ambos tribunales han señalado que debe ponerse especial atención al hecho de que las medidas adoptadas no tengan efectos contraproducentes ni excesivamente dañosos para otros derechos. De esta manera, una reacción desproporcionada contra declaraciones ilícitas y legalmente susceptibles de sanciones, vulnera el derecho a la libertad de expresión, ya que este tipo de reacciones no resultan necesarias en una sociedad democrática²⁰³.

¹⁹⁹ CEDH N° 28198/09, *Mor v. Francia*, de 11 de Diciembre de 2011, párrafo 41; CEDH N° 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafo 35; STC 104/1986, FJ 2 y 5. STC 159/1986. STC 176/1995, FJ 5.

²⁰⁰ CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de Julio de 2004, párrafo 120. Adicionalmente, en el caso del sistema americano, el establecimiento de limitaciones y restricciones se deberá realizar primordialmente por la vía del establecimiento de responsabilidades ulteriores.

²⁰¹ CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979, párrafo 49.

²⁰² STC 187/1999, FJ 8.

²⁰³ STC 136/1999, FJ 24; y STC 110/2000, FJ 5, haciendo referencia a la jurisprudencia de la CEDH.

3.13.- Rol activo del Estado en la remoción de los obstáculos que impiden un ejercicio efectivo de los derechos fundamentales

En consonancia con el constitucionalismo moderno, tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana reclaman del Estado un rol activo en la materialización de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad de expresión, en abierta oposición a su concepción como mera libertad negativa²⁰⁴. Pese a que en esta materia, el sistema interamericano ha realizado declaraciones más explícitas, en especial cuando se refiere a las restricciones indirectas a su ejercicio²⁰⁵.

3.14.- Posición frente a los límites a la libertad de expresión y frente a las acciones que puedan tener un efecto silenciador

El honor y la reputación constituyen límites a la libertad de expresión²⁰⁶, del mismo modo que la intimidad²⁰⁷ - aún en ausencia de criterio que la defina²⁰⁸.

En cuanto a la moral como posibilidad de limitación de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha procedido a recogerlas e incorporarlas al ordenamiento español, dado a que se encuentran establecidos en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 10.2), aunque no lo estén en la Constitución. De esta forma, ha señalado que “de acuerdo con el art. 20.4, en

²⁰⁴ *Martorell v. Chile*, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre casos particulares, Número 11/96, 3 de mayo de 1996, párrafo 69.

La necesidad de contar con una institucionalidad que asegure la protección de los derechos también puede verse en otras tradiciones. Dentro de ellas destaca la garantía de acceso a la justicia y debido proceso. Por ejemplo, CEDH N° 39288/98, *Association Ekin v. Francia*, de 17 de julio de 2001, párrafo 61; y CEDH N° 16616/90, *Vereniging Weekblad Bluf! v. Países Bajos*, de 9 de Febrero 1995, párrafo 30.

²⁰⁵ CIDH, *Canese v. Paraguay*, sentencia de 31 de Agosto de 2004, párrafo 72 (Alegación de la Comisión); y CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de Julio de 2004, párrafo 102.1 (b) (Alegación de la Comisión).

²⁰⁶ STC 176/1995, FJ 3. Por su parte, en STC 76/2002, FJ 2 se indica que: “(...) la reputación ajena (art. 10.2 Convención Europea, CEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, párrafos 41, 43 y 45, y CEDH *Bladet Tromso y Stensaas v. Noruega*, de 20 de mayo de 1999, párrafos 66, 72 y 73), o el honor, constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (STC 297/2000, FJ 7; y STC 49/2001, FJ 5)”. STC 104/1986, FJ 5; y STC 76/1995, FJ 5, entre otras).

²⁰⁷ STC 107/1988, FJ 2 (en el que la relevancia pública es de vital importancia): “asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública”; y STC 134/1999, FJ 5: “a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar”. CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril de 1992, párrafo 48; CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986, párrafo 46; y CEDH N° 58547/00, *Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria*, de 27 de Octubre de 2005, párrafo 32.

²⁰⁸ STC 176/1995, FJ 3.

Otros ejemplos son la CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979, párrafo 65 (donde simplemente se habla de determinados límites); CEDH N° 34000/96, *Roy et Malaurie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, párrafo 27 (dónde se habla de deberes y responsabilidades); y finalmente la CEDH N° 10572/83, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann v. Alemania*, de 20 de Noviembre de 1989.

conexión con el 53.1 de la Constitución, la ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el propio art. 20⁷. Tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.29.2), como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 19.3 b) y en el Convenio de Roma (art. 10), se prevé que el legislador puede establecer límites a la libertad de expresión con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral²⁰⁹. A ella se ha vinculado también la protección de la infancia²¹⁰, como límite fundamental al ejercicio de la libertad de expresión e información, así como la responsabilidad de los profesionales de la información, sobre todo cuando ejercen su acción en medios de alto impacto y masividad (radio y TV, muchas veces también menos aptos para una mayor elaboración de la información)²¹¹.

Asimismo, existen muchas otras causales, vinculadas al interés público, que pueden justificar establecer restricciones a la libertad de expresión. Así por ejemplo, se ha entendido que hay personas que en razón de sus cargos o profesiones se encuentran sometidos a límites específicos más estrictos²¹², como por ejemplo sucede a los jueces y miembros de las fuerzas armadas, o con algunas profesiones sometidas a especiales reglas de secreto o confidencialidad. Lo mismo se observa con la publicidad de las audiencias²¹³.

El uso de sanciones puede generar un efecto silenciador en materia de expresión, por lo que ambos tribunales han hecho énfasis en la necesidad de administrarlas con especial cautela²¹⁴.

Si bien lo anterior vale tanto para sanciones civiles y penales, estas últimas tienen una especial capacidad en este sentido, por lo que el juez penal deberá tener un especial cuidado en no generar este efecto, considerando “(...) para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”²¹⁵.

²⁰⁹ STC 62/1982, FJ 3 y 5 citando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 7 de diciembre de 1976, caso *Handyside* También STC 52/1983, FJ 6.

²¹⁰ CEDH N° 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre de 1976; y CEDH N° 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo de 1988.

²¹¹ STC 206/1990, FJ 6.

²¹² STC 371/1993, con cita expresa de la CEDH N° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, y 5370/72, *Engel y otros v. Países Bajos*, de 8 de Junio de 1976; CEDH N° 8734/79, *Barthold v. República Federal de Alemania*, de 25 Marzo de 1985; y CEDH N° 121/1996/740/939, *Grigoriades v. Grecia*, de 25 de Noviembre de 1995.

²¹³ STC 56/2004, FJ 3, citando a la CEDH N° 24724/94, *T. v. Reino Unido*, de 16 de diciembre de 1999; CEDH N° 24888/94, *V. v. el Reino Unido*, de 16 de Diciembre de 1999; y CEDH N° 9840/82, *B. v. el Reino Unido*, de 8 de Julio de 1987.

²¹⁴ CEDH N° 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 23 de Septiembre de 1994, párrafo 35; CEDH N° 49017/99, *Pedersen y Baadsgaard v. Dinamarca*, de 17 de Diciembre de 2004, párrafo 93; CEDH N° 64016/00, *Ginienski v. Francia*, de 31 de Enero de 2006, párrafo 54; CEDH N° 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafos 49 y 50; CEDH N° 11508/85, *Barfod v. Dinamarca*, de 22 de Febrero de 1989, párrafo 29; y CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986, párrafo 26.

²¹⁵ STC 127/2004, FJ 3, citando a la STC 105/1990, FJ 4 y FJ 8; y a la CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril 1992, párrafo 46.

III.- Aspectos fundamentales de la libertad de información como un derecho autónomo y diferenciado. Un enfoque desde la constitución española.

El artículo 20.1 Constitución Española se refiere a las libertades de comunicación²¹⁶, señalando que se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades²¹⁷.

El análisis de los cuatro acápites señalados ha generado un rico debate doctrinal y jurisprudencial. En ese ejercicio, la primera pregunta ha girado en torno a si ellos, en especial los apartados a) y d), constituyen o no derechos diferentes, o si sólo expresan distintas formas de ejercer un mismo derecho.

Hay quienes sostienen que la libertad de información es una faceta o forma de ejercer la libertad de expresión que, dada la importancia asignada en las sociedades democráticas contemporáneas, merece un análisis más detenido y autónomo, sin alcanzar por ello a configurar un derecho diferente²¹⁸. BUSTOS GIBERT hace notar que para aquellos que sostienen una posición unitaria, la distinción constitucional sólo tendría por objeto hacer evidente la amplitud de contenido y la riqueza de posibilidades del derecho protegido²¹⁹. En el fondo, se trataría de la

²¹⁶ GARCÍA GUERRERO señala que el artículo 20 de la CE trata de la libertad de comunicación en un sentido amplio. José Luis GARCÍA GUERRERO, *“Una Visión de la Libertad de Comunicación desde la Perspectiva de las Diferencias entre la Libertad de Expresión, en Sentido Estricto, y la Libertad de Información”*, Teoría y Realidad Constitucional, UNED No. 20 (2007), p. 360.

²¹⁷ Luego, el mismo artículo de la CE señala que: “1.- El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 2.- La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 3.- Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 4.- Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”. Sin embargo, por no ser relevantes para lo que en esta sección tratamos, no nos referiremos a esta segunda parte del artículo 20 CE.

²¹⁸ Joaquín GARCÍA MORILLO, en Jorge de ESTEBAN y Juan Luis LÓPEZ GUERRA, *“El Régimen Constitucional Español”*, Labor Universitaria (1980), p. 165-166; A. M. ROMERO COLOMA, *“Derecho a la Información y Libertad de Expresión”*, Bosch (1984), pp. 33-34; Eduardo ESPIN, en Luis LÓPEZ GUERRA y otros, *“Derecho Constitucional”*, Vol. I, Tirant lo Blanch (2013), p. 263.

²¹⁹ Omitimos en este trabajo a los autores citados por BUSTOS y sus fuentes. Dado que la jurisprudencia del TC se ha mantenido uniforme y estable por muchos años, es posible que quienes hayan tenido posiciones diferentes no sustanciales o poco convencidas, hayan optado por abandonarlas. De hecho, en la literatura más reciente no parece posible encontrar opiniones discrepantes al respecto.

misma libertad, que puede ser ejercida de formas muy diferentes según su propósito y circunstancias.

Esta postura tiene apoyo en el hecho que la mayor parte de las Constituciones y Tratados Internacionales sobre derechos humanos dan a ambos derechos un tratamiento unitario, sin distinguir la información de la expresión como derechos diferentes²²⁰.

Por otro lado, esta posición se sustenta desde la real dificultad que existe para diferenciar el ejercicio entre ambas, que por el contrario, permitirá muchas veces que un solo acto encuentre protección en ambos derechos volviendo inútil la distinción entre ambas²²¹.

Esta comprensión ha permitido sostener que entre ambas libertades existe una relación de género/especie, donde el género es la libertad de expresión, mientras la libertad de información sólo constituye una forma particular, pero especialmente protegida, de ejercer el primer derecho. Contribuyó a esta postura alguna jurisprudencia constitucional²²², aunque fue prontamente abandonada.

SOLOZÁBAL considera ambos derechos como diferentes, pero realizando un interesante matiz. La libertad de expresión, antes que “*hija*” de la libertad de expresión, sería un supuesto y requisito de la primera, pues “*sin información no hay opinión*”²²³. Considerando que esta tesis tiene algunos elementos acertados²²⁴, la idea de una relación de género/especie entre ambas se vuelve a lo menos pobre e incompleta.

En la actualidad, la postura dominante afirma que ambos derechos son diversos²²⁵, aunque vinculados en muchos aspectos, como por ejemplo su forma de ejercicio,

²²⁰ La libertad de expresión ha sido reconocida por diversos documentos internacionales sobre derechos humanos. Tanto el artículo 13 del Pacto Americano de Derechos Humanos, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptan una posición “unificadora” en relación con el contenido de la libertad de expresión, sin diferenciarla de la libertad de información. En el mismo sentido lo hace la Constitución Americana en su primera enmienda.

²²¹ Podemos adelantar que en los casos en que ello suceda, la libertad de información ofrecerá un umbral más alto de protección, lo que generalmente relegará a la libertad a un segundo plano. Este factor será sin embargo relevante cuando se considere que alguno de los requisitos establecidos para la protección del apartado d) no concurren, circunstancia en que la protección ofrecida por la libertad de expresión (apartado a) será de máxima importancia.

²²² STC 61/1981.

²²³ Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 81 Este autor efectúa una cita del Tribunal Constitucional Alemán, el que ha sostenido que: “La libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse. Por otra parte, este derecho de libertad es el presupuesto de la formación de la opinión que precede a la expresión de ésta. Pues solo la información completa posibilita una libre formación y expresión de la opinión tanto para el individuo como para la sociedad”.

²²⁴ Si bien su comentario no nos parece concluyente, al menos nos obliga a mirar el problema desde otra perspectiva, ciertamente válida, y gracias a la cual el análisis del asunto se enriquece sustancialmente. De hecho, plantear la necesidad de existencia de información como una necesidad previa a la opinión libre, es un asunto que de una u otra manera está en el centro de la comprensión de la libertad de expresión, y en la necesidad de su especial protección.

²²⁵ Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA, “*Aspectos Constitucionales de la Libertad de Expresión y el Derecho a la Información*”, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 23 (1989), pp. 142-144; Juan José SOLOZABAL ECHEVARRÍA, “*Libertad de Expresión, Información y Relaciones Laborales*”, Revista Española de Derecho Constitucional No. 26 (1989), p. 172-173; Juan José SOLOZABAL

sus funciones y fundamentos, y su forma de protección, entre otras²²⁶. Desde hace muchos años la jurisprudencia constitucional española no plantea dudas sobre la materia²²⁷.

Al igual que el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha postulado la tesis de la diferencia entre la libertad de información y la libertad de expresión, señalando que “la libertad de expresión, igualmente reconocida en el Art. 20 Constitución Española, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información...porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones y no la narración de hechos reales cuyo conocimiento fidedigno es de interés general, sin perjuicio de que ambos elementos rara vez se

ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 80 y ss. En esta última sostiene que la libertad de expresión y del derecho a la información “son categorías diferentes por su objeto, pero constituyen variedades del mismo tipo genérico, el derecho a la comunicación libre (...)”; Antonio AGUILERA FERNÁNDEZ, “*La Libertad de Expresión del Ciudadano y la Libertad de Prensa o Información*”, Comares, Granada (1990), p. 7-13.

²²⁶ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 263, precisa, a nuestro parecer acertadamente, que “la tarea de concretar las aplicaciones prácticas de los derechos fundamentales no corresponde al precepto constitucional, sino más bien al intérprete y a los encargados de asegurar el respeto a las libertades”, por lo que no tendría objeto que la CE se refiriera, en acápites distintos, a cuatro diversas formas posibles de ejercer un mismo derecho. Siguiendo esta lógica, cada uno de ellos debe constituir necesariamente un derecho diverso, lo cual no sólo es relevante para la libertad de información y expresión, sino que puede ser incluso más claro y evidente cuando analizamos su impacto en otros derechos. En efecto, “la libertad de cátedra y la libre creación literaria, artística, científica y técnica también responden a necesidades sociales esenciales y bien diferenciadas (la libertad en la formación intelectual, el fomento de la libertad individual o la prohibición de introducir impedimentos en el avance científico y técnico) y que por lo mismo presentan una serie de singularidades que no quedan adecuadamente tratadas si las observamos sólo desde el fundamento de la libertad para expresar ideas y opiniones (...)”.

²²⁷ STC 174/2006, FJ 3: “Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza 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 (...)”.

La STC 126/2003, FJ 3 señala que: “(...) pese a su frecuente imbricación práctica, es sabido que ambos derechos presentan un contenido diferente y también unos límites y efectos distintos. En el art. 20.1 a) CE, la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información del art. 20.1 d) CE versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables y de interés general”. En el mismo sentido, STC 105/1983, FJ 11; STC 168/1986, FJ 2; STC 165/1987, FJ 10; STC 6/1988, FJ 4; STC 107/1988, FJ 2; STC 51/1989, FJ 2; STC 4/1996, FJ 3; y STC 57/1999 FJ 7. Sin perjuicio de lo ya señalado respecto a los primeros fallos, donde la posición del tribunal fue parcialmente diferente (ver, por todas, la STC 61/1981, de 16 de Marzo, que entendía el derecho a la información como una forma de ejercicio especial de la libertad de expresión).

encuentran en estado puro y que ambos se requieren y complementan recíprocamente, apareciendo muchas veces confundidos”²²⁸.

Sin embargo, no todos los asuntos relativos al contenido de este derecho se encuentran plenamente resueltos, habiéndose planteado dudas entre los partidarios de la postura actualmente dominante, entre otros aspectos, en torno a si ellas reflejan o no diferencias en cuanto a la amplitud del ámbito protegido, su alcance, titularidad y propósito, así como a la forma en que deben ser ponderados cuando entran en conflicto con otros derechos fundamentales. Todo ello, como veremos, tendrá múltiples e importantes consecuencias.

1.- Antecedentes del reconocimiento constitucional

Si bien la positivización del derecho a la información como un derecho autónomo y diferente frente a la libertad de expresión es reciente, la diferencia entre ambos derechos ha sido reconocido desde hace décadas por la jurisprudencia y la doctrina, que ya desde muy antaño había establecido diversos grados de protección según se tratara de una simple expresión, o de información veraz y relevante sobre materias de interés público²²⁹. Por ello, puede decirse que la positivización de esta diferencia a nivel constitucional sea caprichosa o fruto de una ocurrencia individual desvinculada de la tradición y de la historia.

Aunque muchos catálogos de derechos fundamentales tratan a ambos derechos bajo una misma normativa²³⁰, en los últimos años se aprecia una marcada tendencia al reconocimiento positivo de la libertad de información, especialmente mediante instrumentos de rango legal. Este reconocimiento ha contribuido a legitimar el criterio, a aumentar el acopio doctrinal sobre la materia, y a disminuir las confusiones que generadas por el tratamiento a veces unitario, a veces diferenciado, de los mismos actos.

La teoría constitucional más reciente, sin embargo, tiende a distinguir entre ambos derechos, asumiendo una postura “dual” que afirma que estos son manifestaciones genéricas de un derecho a la libre comunicación. En estos documentos se acoge entonces una concepción unitaria de la libertad de expresión, que en sentido amplio incluiría tanto la libre comunicación de ideas y opiniones como la libertad de información, que tiene por objeto la transmisión de hechos o datos.

La Constitución española fue una de las primeras en diferenciar a la libertad de expresión de la de información de forma explícita²³¹. A nuestro juicio, este tratamiento tiene pleno sentido y resulta de gran utilidad operativa y didáctica,

²²⁸ STS de 25 de febrero de 2008, haciendo referencia a la STC 104/1986, de 17 de julio y STC 139/2007, de 4 de junio.

²²⁹ Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 106. Incluso señala que antes de su reconocimiento expreso como derecho autónomo la consideración de la vertiente institucional de la libertad de expresión, junto con la mención de la prensa y de la opinión pública como “instituciones”, habían prestado ya gran utilidad, sobretodo jurisdiccional, en el mismo sentido que se señala en el párrafo precedente.

²³⁰ Por eso, no es extraño que algunos documentos se refieran a ambos sin realizar distinción alguna, ni que en el plano internacional, para muchos autores esta distinción aún no parezca clara.

²³¹ Ignacio VILLAVARDE MENENDEZ, *“Estado Democrático e Información. El Derecho a ser Informado y la Constitución Española de 1978”*, Junta General del Principado de Asturias (1994), p. 49.

simplificando significativamente la solución y justificación de aquellos casos que dadas sus complejas circunstancias y tensiones típicamente podrían dar lugar a tratamientos y soluciones contradictorias²³². Nos detendremos con más detalle sobre este punto a lo largo de este trabajo.

Uno de los aportes realizados por la consagración expresa y autónoma de la libertad de información es que nos lleva a tener continuamente presente su vertiente más institucional, generalmente menos recordada, aunque de capital importancia. Sin este elemento, tan intensamente presente en este derecho, no sería posible una adecuada comprensión y posterior interpretación y regulación del mismo.

Por otro lado, junto con dar reconocimiento a los aportes que la libre información realiza al desarrollo humano y social y a la democracia como modelo político, el énfasis en la función institucional nos permite recordar que todo derecho requiere, para su ejercicio efectivo, algo más que su solo reconocimiento normativo (quizá con la sola excepción de los derechos de defensa, en los que la protección queda establecida con la sola abstención del Estado²³³).

Por el contrario, como más adelante veremos, los derechos muchas veces requerirán de leyes que les den desarrollo, como también de políticas y acciones concretas que remuevan obstáculos o aseguren la existencia de determinadas condiciones o circunstancias fácticas. Sin atender adecuadamente este factor, relacionado con el ambiente y con el mundo donde los derechos serán ejercidos más que con la propia norma (pero no por ello extrajurídico), no será posible garantizar ni el respeto, ni la protección, ni el ejercicio adecuado de ellos.

El reconocimiento del factor institucional o ambiental en la vida del derecho corrige uno de los errores más importantes y negativamente influyentes del positivismo clásico, que ciegamente dio por terminada la labor del Estado en la consagración jurídica de los derechos, dejándolos muchas veces convertidos en letra muerta, o limitando su ejercicio sólo a un grupo reducido de personas, que sí contaban con los medios y factores que permitían su ejercicio.

Más aún, supone que el ejercicio de ciertos derechos, si bien sigue siendo una decisión individual, debe ser fomentado, pues de ellos depende la existencia de muchos otros bienes sociales valiosos. En el caso que analizamos, ellos son la propia existencia del sistema democrático y con él la posibilidad de dar protección efectiva a todos los demás derechos.

²³² Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 106. Sostiene que sin esta perspectiva muchos casos prácticos tendrían una forma muy difícil de resolver. Incluso señala que antes de su reconocimiento expreso como derecho autónomo la consideración de la vertiente institucional de la libertad de expresión, junto con la mención de la prensa y de la opinión pública como “instituciones”, habían prestado ya gran utilidad, sobre todo jurisdiccional.

²³³ STC 77/1982, FJ 1: “se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos”.

2.- Doble función de la libertad de información: garantía individual y función institucional

El principal motivo impulsor de la consagración de la libertad de información como un derecho autónomo se relaciona con el énfasis realizado sobre uno de los propósitos atribuidos desde antaño por la doctrina y la jurisprudencia relativa a la libertad de expresión: su función institucional. Por ello, no resulta extraño que este elemento sea también su principal elemento distintivo frente a la libertad de expresión, en la que sin estar ausente, presenta una intensidad mucho menor.

La función institucional considera que cierto tipo de expresiones, al informar a la comunidad de asuntos de interés colectivo, permiten mejorar la toma de decisiones, el conocimiento y la calidad de los análisis y debates respecto a muchos asuntos relevantes.

La propia democracia, como sistema político y como ideal, al sustentarse en las decisiones mayoritarias libremente tomadas, y en el respeto a la autonomía y dignidad humana, requiere que se ponga a disposición de los actores sociales un máximo de información, puntos de vista y análisis posibles, ya que sin ellos, su ejercicio se vuelve imposible o se deteriora significativamente. Por tanto, la calidad y profundidad de la democracia dependerá, en buena medida, de los espacios que efectivamente se reconozcan a las libertades de información y expresión, y más concretamente, a la capacidad de entregar a la opinión pública información veraz y suficiente en forma y tiempo oportuno.

Por otro lado, si creemos que la democracia es el modelo que permite en mejor manera la protección de la dignidad humana y de sus derechos asociados, y ella depende en buena medida del correcto ejercicio de este derecho, será correcto afirmar que la protección de los demás derechos constitucionales exigirá, como requisito, de la existencia de la libertad de información.

La vertiente institucional de la libertad de información permite tener conciencia que su establecimiento y protección constitucional se justifica antes por su trascendencia social que por sus beneficios individuales, más vinculados a la libertad de expresión.

Según SOLOZÁBAL, el reconocimiento de la función institucional de la libertad de expresión ha tenido su desarrollo más acabado en Alemania²³⁴, donde ya desde el siglo XIX se consideraba a la libertad de información “como el desempeño de una función u oficio de colaboración, complemento o suplencia de la representación política, y cuya verdadera titularidad, por tanto, corresponde al pueblo”²³⁵.

Sin embargo, aunque ciertamente con un énfasis y desarrollo menor, este mismo reconocimiento puede verse también claramente en numerosos textos doctrinales de antigua data²³⁶.

²³⁴Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 100.

²³⁵ Ibid., p. 102. Por ello, continúa, “la primera reflexión alemana sobre la libertad de expresión subraya la dimensión política de esta, relegando para un plano muy subordinado su significado como derecho individual”.

²³⁶ Los escritos de Thomas JEFFERSON y James MADISON, así como muchos teóricos de la libertad de expresión en la tradición americana dan prueba de ello, como puede verse en la sección dedicada a la democracia como fundamento de la libertad de expresión.

En España, el Tribunal Constitucional ha reiterado en forma uniforme que el derecho a informar se funda en el interés colectivo que existe sobre el conocimiento de hechos que pueden encerrar trascendencia pública, y que por lo mismo son necesarios para que la participación en la vida colectiva sea real²³⁷. El bien protegido sería ante todo el de una *comunicación pública libre*, lo que de alguna manera implica fijar un criterio procedimental como finalidad antes que la realización efectiva de un estado de cosas predefinido y buscado. Esta postura no altera su carácter institucional ni finalista, aunque ciertamente la vuelve mucho más compatible con la exigencia de pluralismo y tolerancia propia del sistema democrático²³⁸.

Tanto la Corte Europea como la Interamericana de Derechos Humanos también han reconocido este carácter dual de la libertad de expresión, la cual implica una dimensión individual y otra social²³⁹.

2.1.- Riesgos asociados a un desbalance entre ambas dimensiones

Si hemos señalado que la dimensión individual de los derechos no puede llevarnos a olvidar su aspecto institucional, tampoco puede ocurrir lo contrario.

Un énfasis demasiado fuerte en las necesidades colectivas e institucionales podría llevar a que se condicione el ejercicio de un derecho individual a su funcionalidad para la obtención de un determinado estado de cosas (determinado siempre por un grupo muy reducido), lo que naturalmente podría generar y justificar una serie de excesos y limitaciones que a nadie interesa promover. Como advierte SCHMITT

²³⁷ La primera sentencia del Tribunal Constitucional en reconocer esta dimensión institucional fue la STC 6/1981, FJ 3: “El artículo 20 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”. Luego, en su FJ 4, precisaba que la dimensión institucional no quitaba a los derechos su carácter de garantía individual, señalando que en cierta forma, la libertad de información era una forma específica de ejercicio de la libertad de expresión. En un sentido similar, STC 105/1983, FJ 11; STC 6/1988, FJ 5; y STC 154/1999, FJ 2.

²³⁸ En ese sentido deben ser entendidas las expresiones que definen su función como “(...) la formación de una opinión pública libre y plural propia de un estado democrático”. STC 107/1988; STC 171/1990; STC 214/1991; STC 40/1992; y STC 85/1992, entre otras.

²³⁹ CIDH, Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85 (1985), párrafo 31: En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier (...) procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente (...).” Luego, en el párrafo 32 señala que: “En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.

GLAESER, “si se da la preferencia a un rendimiento político frente al privado y, correspondientemente, se gradúa la protección del Estado, existe, por tanto, una determinación del contenido del uso del derecho fundamental. Y entre la acentuación de la expresión de la opinión política y la acentuación de una determinada opinión política solo hay una diferencia de grado”²⁴⁰. Siendo así, pese a que en la libertad de información el elemento institucional es particularmente relevante, es fundamental recordar en todo momento su carácter de derecho individual, que faculta a su titular para ejercerlo o no ejercerlo, y para determinar su configuración, pudiendo orientarlo al debate político “pero solo si ésta es su voluntad”²⁴¹.

Por ello, cualquier restricción a la libertad de expresión y de información deberá ser hecha con máxima cautela y luego de un cuidadoso proceso de balanceo. Sobre este punto se han pronunciado numerosos tribunales y autores, señalando que en los procesos de ponderación, los elementos que podrían justificar una restricción de las libertades expresivas deberán ser de particular relevancia y peso, que generalmente permitirán que el derecho que se imponga sea el que favorece la expresión.

Con este mismo sentido, el derecho ha permitido la existencia de errores y de comunicaciones molestas, lo que ha obligado a los políticos y figuras públicas a tolerar los ataques a su honra y privacidad con mucha mayor tolerancia que al resto de las personas, y ha reducido las sanciones y medidas ulteriores que podrían ejercer un efecto silenciador en el ejercicio libre de estas facultades. Así, cualquier restricción a la libertad personal en estas materias deberá tener un carácter estrictamente excepcional y extraordinario²⁴², entregando, por regla general, a los propios lectores el juicio de legitimidad, calidad y validez de una noticia y del medio que la difunde, aún a sabiendas de los fallos y diferentes imperfecciones e intereses que habitualmente podrán observarse en la entrega de información por parte de los medios.

Otra medida importante adoptada para favorecer un desarrollo equilibrado y razonable de la libertad de información se relaciona con la comprensión del objetivo final de la misma (la formación de una opinión pública) en un sentido procedimental y abierto, y no como una meta o resultado óptimo, determinable en forma anticipada, y que debemos perseguir y propiciar. Por tanto, no será la capacidad intrínseca de cada comunicación de aportar un favor de verdad y utilidad a la formación de la opinión pública, sino que el reconocimiento de que el libre flujo de ellas, bajo ciertas regulaciones mínimas y bajo una lógica pluralista, producirá un resultado que aunque no nos sea posible conocer de antemano,

²⁴⁰ Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 104. El autor cita a SCHMITT GLASER, W., “*Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*”, Archiv des öffentlichen Rechts (1988), p. 293.

²⁴¹ Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 103 y ss: “Son derechos negativos, en efecto, en la medida en que su núcleo básico de libre configuración está acompañado por una protección frente a injerencias o restricciones del Estado; (...) se trata de derechos de defensa (...) que se ejercen sin vinculación a fin alguno, como derechos indeterminados a concretar libremente por su titular”.

²⁴² El TSA se ha manifestado reacio respecto a la posibilidad de limitar la libertad de expresión en relación con sus contenidos, asignando al Estado un rol neutral en esta materia. *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974) (especialmente el voto concurrente del Juez Douglas).

podremos definir como el mejor que nos es permitido obtener, en atención al método elegido. Por tanto, esta razón de defensa sistémica, y no su propia capacidad para aportar a la verdad, será, en definitiva, lo que permitirá el predominio de la libertad de expresión y de información sobre otros intereses tutelados²⁴³.

Todo lo dicho nos permite concluir que resulta fundamental buscar un equilibrio razonado entre ambos elementos (institucional y garantía individual), sin desconocer ni negar espacios a ninguno. El derecho quedará seriamente limitado si se desconoce su trascendencia social y política o bien si se condiciona su protección y reconocimiento como derecho individual al cumplimiento de determinadas funciones institucionales²⁴⁴.

Por otro lado, se ha dicho que una radicalización de la vertiente individual de la libertad de expresión impediría, por ejemplo, establecer restricciones a la misma fundado en razones de interés público, haciendo siempre primar el interés particular por sobre el social. Para algunos, esta problemática se estaría observando en el sistema interamericano, debido a las numerosas restricciones impuestas a los poderes públicos para armonizar este derecho con otras necesidades de diverso tipo²⁴⁵.

3.- Primeras consecuencias derivadas de la libertad de información como derecho diferente y autónomo frente a la libertad de expresión

Al menos tres importantes consecuencias del reconocimiento de la libertad de información como derecho autónomo derivan directamente de su fundamentación institucional²⁴⁶: el reconocimiento de la formación de una opinión pública vigorosa e informada²⁴⁷ como un bien jurídico digno de protección; la especial protección para comunicar ciertas informaciones, especialmente frente a otros derechos; y la capacidad del Estado de intervenir activamente para remover obstáculos y lograr aquel estado de cosas que permita un ejercicio efectivo de la libertad protegida.

Dicho de otra manera, el reconocimiento que por la consagración de este derecho se hace de la necesidad de la existencia de una opinión pública robusta como un

²⁴³ Ver María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 336; Ignacio VILLAVARDE MENENDEZ (1994), ob. cit., nota 230, p. 59.

Según BASTIDA FREIJEDO, “el pluralismo es un valor procedimental cuyo cumplimiento permite abrigar la convicción de que se sienta las bases para una formación no viciada de la opinión pública”. Francisco Javier BASTIDA FREIJEDO, *“El Régimen Jurídico de la Comunicación Social”*, Instituto de Estudios Económicos (1994), pp. 12-13. Más adelante, el mismo autor señala que “la esencia de la democracia está en el proceso, no en los fines o institutos autónomo; no en la formación de una “opinión pública libre”, sino en la “formación libre” de la opinión pública” (p. 220).

²⁴⁴ Ver María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 335.

²⁴⁵ Ximena FUENTES TORRIJO, *“Democracia y Libertad de Expresión en América Latina: la Amenaza del Ímpetu Devorador de los Derechos”*, Revista de Estudios Internacionales, Vol. 35, No. 137 (2002), pp. 29-51.

²⁴⁶ Estas consecuencias también parecen ser las más importantes, lo que no puede sorprendernos ni hacernos pensar en una postergación de su elemento de garantía individual. Sin embargo, muestra claramente que en este derecho el factor colectivo e institucional aparece en mucha menor medida en la libertad de expresión y que en muchos otros derechos.

²⁴⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

bien fundamental para cualquier proyecto democrático, exigirá una especial protección de los actos realizados con este objeto (es decir, en el ejercicio de este derecho), generando un mandato constitucional que permitirá al Estado intervenir decididamente en la promoción de un determinado estado de cosas, útiles a los propósitos de la normativa.

Analizaremos todas ellas por separado.

3.1.- La formación de la opinión pública como un valor digno de promoción

La libertad de información se ha construido sobre la base de que el conocimiento colectivo sobre los asuntos de gobierno y de interés general constituye un elemento de primera necesidad desde un punto de vista político e institucional. Por ello, es natural que sea protegido y fomentado en forma especial, permitiendo al Estado asumir un rol relevante y distinto al que debe asumir frente a otros derechos.

El Tribunal Constitucional ha recalcado este factor, refiriéndose en reiteradas oportunidades a la “opinión pública” como una “institución política fundamental (...) indisolublemente ligada con el pluralismo político”²⁴⁸, utilizando una expresión que nos resulta a ratos sorprendente, ya que pareciera que con ella da un tratamiento de *entidad* a un concepto a todas luces abstracto e indefinido²⁴⁹.

Sin embargo, es importante reiterar que lo que se protege no es el conocimiento de los asuntos de interés públicos *per sé*, sino la concurrencia libre y pluralista de la información para que queden a disposición de la audiencia, o más bien dicho, de cada uno de los actores sociales y de los titulares de la soberanía política.

Conviene recordar también que el pluralismo en materia de información es, de suyo, una garantía institucional propia de la democracia, por lo que cualquier consideración de otro tipo debiera ser secundaria o a lo sumo, complementaria. De hecho, la finalidad del art. 20.1 Constitución Española “no es la formación de la opinión pública libre –como si de un instituto autónomo se tratara–, sino la de garantizar la libre concurrencia de opiniones plurales”²⁵⁰.

3.2.- La información como derecho preferente en sus diversas modalidades

Otra consecuencia relevante derivada del reconocimiento expreso de la libertad de información como derecho autónomo, tiene que ver con la protección adicional o

²⁴⁸ STC 12/1982, FJ 3.

²⁴⁹ Esta problemática ha sido tratada con mayor extensión al analizar la democracia como fundamento de la libertad de expresión.

²⁵⁰ Francisco Javier BASTIDA FREIJEDO (1994), ob. cit., nota 243, p. 220., sostiene que “la esencia de la democracia está en el proceso, no en los fines o institutos autónomo; no en la formación de una “opinión pública libre”, sino en la “formación libre” de la opinión pública”. Por otra parte, el juez William Douglas señalaba respecto de los monopolios en la prensa que cuando ellos se presentan, “rara vez presenta las dos caras de un mismo tema. Con mucha frecuencia, insiste en una línea ideológica o política, usando su posición monopolística no para educar al pueblo ni para promover el debate, sino para inculcar en sus lectores una filosofía o una actitud, y para hacer dinero”. *The Great Rights*, E. Cahn editor (1963), pp. 124-125, citado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

fortalecida que la Constitución ofrece a las comunicaciones realizadas a su amparo. O dicho de otra manera, del reconocimiento de la existencia y del mayor valor que corresponde a las informaciones veraces y relativas a asuntos de interés público, que además de ser expresión de un derecho individual tienen una relevancia social que es necesario proteger.

Se podría afirmar que la posición reforzada de este derecho se debe a su doble posición como derecho fundamental y garantía institucional. Pero no es la suma de ambos factores lo que la justifica, sino sólo el segundo²⁵¹. La voluntad de establecer un *plus* respecto de aquellas expresiones que puedan contribuir en este sentido ha sido la causa principal del reconocimiento normativo de este derecho. Es decir, este derecho establece un privilegio que se justifica en la relación existente entre la existencia de un tipo particular de expresiones (las protegidas) y el buen funcionamiento de la institucionalidad democrática, entendida en un sentido amplio, como tantas veces lo ha señalado la jurisprudencia constitucional²⁵².

El principal impacto operativo de esta protección reforzada se verá cuando deba realizarse un ejercicio de ponderación entre la libertad de información y otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, pues por lo general permitirá que la primera prevalezca sobre el resto, luego de correspondiente ejercicio de balanceo.

Esta preferencia relativa nos ofrece un criterio que contribuye a la solución de conflictos y a la labor de la justicia, bajo la forma de una jerarquía *prima facie*. Esta contribución ha sido especialmente valorada, pues sin esta herramienta la complejidad y relevancia de los asuntos en juego muchas veces impedía dar con un criterio de solución, generando muchas veces soluciones inadecuadas y contradictorias²⁵³. Asimismo, podrá presumirse que en la generalidad de los casos en que entre en conflicto la libertad de información con otros derechos primará la primera, lo que constituye una verdad de menor efectividad en relación con la libertad de expresión, que también incluye expresiones de poco valor constitucional y baja protección como por ejemplo la publicidad comercial.

La especial protección dada a la libertad de información frente a otros derechos no debe entenderse como un privilegio permanente, ni como el establecimiento de

²⁵¹ LLAMAZARES CALZADILLA, por ejemplo, ha señalado que es la libertad de expresión e información tiene una protección reforzada “(...) única y exclusivamente hasta donde es necesario para conseguir la finalidad que la garantía persigue. Dicha finalidad es asegurar la existencia de una opinión pública libre, formada por y para el pluralismo político, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, base y motor del sistema democrático. Y en último extremo, lo que la garantía institucional pretende es asegurar el libre desarrollo de la persona individual y su dignidad personal”. María Luz LLAMAZARES CALZADILLA (1999), ob. cit., nota 87, p. 234.

²⁵² No queremos extendernos acá sobre este punto, pero ello se vincula con la correcta información de los electores, un adecuado y permanente control de las actuaciones oficiales (disminuyendo la corrupción) y de las actuaciones de los organismos públicos, lo que favorece su buen funcionamiento y evita las situaciones de corrupción, un mayor debate crítico sobre los asuntos de interés común, lo que favorecerá la legitimidad de las medidas y la adopción de propuestas más creativas, y sobre todo, el respeto de los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico entre tantas otras. Asimismo, vida colectiva, civil, etc. A modo de ejemplo, STC 143/1991, FJ 6; STC 197/1991, FJ 2; STC 40/1992, FJ 2; STC 223/1992, FJ 2; STC 15/1993, FJ 2; STC 178/1993, FJ 5; y STC 232/1993, FJ 3.

²⁵³ Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 107.

una jerarquía rígida e inapelable a favor de la libertad de información, por mucho que la realidad nos muestre que ella será preferida en la gran mayoría de los casos. Del mismo modo lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁵⁴, que también ha señalado que esta especial protección “no puede entenderse como un valor preferente cuando se confronta con otros derechos fundamentales...”²⁵⁵.

Por el contrario, en nuestro sistema constitucional todos los derechos constitucionales cuentan con la misma categoría y vigencia abstracta y, por lo mismo, obligan, en todos los casos un balanceo circunstanciado²⁵⁶. No obstante, algunos autores señalan que la Sección Primera del Capítulo II de la Constitución, donde estos derechos están consagrados, constituiría una “sección selecta”, siendo el propio Tribunal Constitucional el que ha señalado que los primeros son derechos fundamentales y los de la Sección Segunda derechos constitucionales²⁵⁷, asimilándose en cierta medida a lo señalado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en cuanto a que las diez primeras enmiendas constituyen derechos preferenciales. Sin embargo, respecto de los derechos fundamentales, la igualdad de jerarquía e importancia abstracta entre ellos seguirá siendo parte de su definición.

Por ello, una tesis absoluta a favor del carácter absoluto y no derrotable de la libertad de expresión e información jamás podría ser postulada, pues ninguno de los derechos reconocidos en el Art. 20.1 Constitución Española, ni en ninguna parte, tiene una posición privilegiada frente a otros derechos fundamentales²⁵⁸.

²⁵⁴ STC 21/2000, FJ 4 (y las por ella citadas) que ha señalado reiteradamente que la libertad de información cuenta con una posición especial en nuestro ordenamiento, “puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”

²⁵⁵ STC 53/2006, FJ 5. La misma señala que esta doctrina es “coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el Art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

²⁵⁶ Este plus institucional explica que, en determinadas ocasiones, el derecho a la información pueda prevalecer sobre la libertad de expresión. Ello acontece, en los supuestos de réplica o rectificación, cuando el derecho a rendir información del aludido y del público a conocer una versión plural respecto de los hechos que fueron objeto de la crónica se impone sobre la libertad de expresión (en este caso negativa) del medio a no contar lo que no quiere: el contenido de la rectificación. Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 82.

²⁵⁷ Esta distinción es criticada por autores como JIMÉNEZ CAMPO, que considera a los derechos de ambas secciones como derechos fundamentales. Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Art. 53. Protección de los Derechos Fundamentales”, en Comentarios a la Constitución Española de 1978”, O. ALZAGA (dir), Edersa-Cortes Generales, Vol. IV, Madrid (1996), p. 450.

²⁵⁸ María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 356-357. La misma autora señala que “la idea de límite es consustancial a los derechos” y que no obstante ello dicho, “el TCE parece haberse apoyado en la idea de preferencia o jerarquía, al menos hasta el año 1986, privilegiando la honra, honor y propia imagen como límites absolutos a la libertad de expresión e información”. RODRÍGUEZ BEREJO señala que una segunda etapa comenzaría con la STC 104/1986 y luego con la STC 159/1987, que exige a los tribunales ordinarios la necesidad de incorporar en sus razonamientos la libertad de expresión y ponderar entre ambas (pero sin señalar directrices de cómo esta debe ser realizada). En estas mismas sentencias, se comienza a señalar que la libertad de expresión tiene un carácter preferente (aunque esto no haya sido señalado por el constituyente ni por el legislador, y aunque conceptualmente sea incorrecto –pues en el ejercicio de la ponderación no puede haber ningún derecho que a priori y extraído de sus circunstancias tenga más valor que otro- si es posible señalar que en general, las razones para que un derecho

La tesis de una protección o preferencia permanente ni siquiera parece sostenible en los Estados Unidos, donde alguna jurisprudencia y parte de la doctrina parecen haber sostenido lo contrario²⁵⁹. De hecho, numerosas sentencias nos muestran que más allá del recurso retórico muchas veces ha sido necesario realizar un juicio de ponderación, donde la libertad de expresión resulta derrotada por otro derecho, atendidas las particulares consecuencias del caso²⁶⁰.

Por ello, lo correcto será hablar de un derecho especialmente relevante, y por tanto, de un peso habitualmente mayor²⁶¹, pero no de una preferencia absoluta o de una ventaja inicial²⁶². De esta forma, se reafirma la naturaleza esencialmente igualitaria, limitada y relativa de todos los derechos considerados en abstracto, mostrándonos una vez más la naturaleza del diseño constitucional como un sistema general y unitario (aunque quizá no completo ni cerrado), construido en torno a la idea de dignidad humana, donde todos los elementos se relacionan y sirven de luz y referencia recíproca²⁶³.

Esta forma exigirá al intérprete un especial esfuerzo por compatibilizar todos sus elementos en la medida de lo posible y de acuerdo a criterios de razonabilidad y prudencia (ambos recogidos en todo juicio de ponderación correctamente realizado), asegurando a cada derecho la posibilidad de ser ejercido con la menor cantidad de restricciones posibles, y siempre de acuerdo a los valores señalados por la propia Constitución.

Finalmente, debemos señalar que para evitar un uso excesivo, abusivo y ajeno a los propósitos tenidos en consideración para la consagración de este derecho, la propia Constitucional impone requisitos a la hora de entregar esta protección reforzada. De esta manera, la información otorgada debe, al mismo tiempo, ser “veraz” y referirse a un “interés público”. En ausencia de cualquiera de estos elementos, no habrá protección al amparo del artículo 20.1 letra d) de la Constitución, y por lo mismo, ninguna razón para afectar otros derechos.

3.3.- Legitimidad y necesidad de un rol activo del Estado frente a la libertad de información

La propuesta general del neoconstitucionalismo en cuanto a requerir un rol más comprometido de parte del Estado en la materialización efectiva de los derechos

“venza” a la libertad de expresión son pocas y estadísticamente excepcionales y poco probables. Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, *“La Libertad de Información en la Jurisprudencia Constitucional”*, Claves de la Razón Práctica, No. 72 (1997), pp. 2-7.

²⁵⁹ *Jones v. City of Opelika*, 316 U.S. 584 (1942).

²⁶⁰ Ver, a modo de ejemplo, *Melvin v. Ried* (112 Cal. App. 285, 297 P. 91,1931), o todas las históricas restricciones fundadas en la seguridad nacional.

²⁶¹ Marc CARRILLO, *“El Derecho a no ser Molestado. Información y Vida Privada”*, Thompson-Aranzadi, Navarra (2003), p. 28-29: “La información debe considerarse como el “*primus inter pares*” respecto a los derechos de la personalidad, siempre que lo difundido sea de interés público, ya sea en razón de su contenido o acorde con la dimensión pública de la persona objeto de información”.

²⁶² En el mismo sentido María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 358.

²⁶³ En el mismo sentido, Javier JIMÉNEZ CAMPO (1996), ob. cit., nota 257, pp. 471-472. También numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente a partir de la STC 240/1990. Entre ellas, la STC 178/1993; STC 336/1993; y STC 42/1995.

fundamentales, se profundiza y muestra claramente en el reconocimiento de la libertad de información, y se fundan en su importancia individual e institucional.

Frente a este requerimiento constitucional, el Estado cuenta con muchas posibilidades y estrategias para realizar esta tarea, que podrán ir desde iniciativas legislativas, programas de políticas públicas²⁶⁴ hasta incentivos económicos y estructurales, entre muchos. Asimismo, las autoridades dispondrán de cierto margen de discreción, que le permitirá, en la medida de lo posible y conveniente, remover los obstáculos y tomar las salvaguardas, directas e indirectas, que permitan ejercer este derecho en la forma que se ha entendido más conviene a un momento determinado y mejor realiza la necesidad de generar y difundir información de calidad para la formación de la opinión pública, en forma armónica con el respeto que otros derechos protegidos merecen.

Dentro del rol activo y comprometido que por mandato constitucional corresponde asumir al Estado en materia de protección y garantía de derechos, la libertad de información permitirá realizar algunas acciones concretas y en cierta forma típicas. Por ejemplo, deberá promover la protección e incentivo del pluralismo informativo, la transparencia de y en los medios, la facilitación del acceso a la información pública y a las fuentes (estableciendo medidas para la debida protección de las mismas, como por ejemplo se realiza por medio del secreto profesional), el desincentivo de las estructuras empresariales monopólicas o dominantes, la reducción o remoción de las normas institucionales que puedan tener un efecto silenciador (o que no favorezcan el libre flujo de informaciones, como algunos tipos penales²⁶⁵), la remoción de los obstáculos para que la información pueda llegar a sus destinatarios, entre muchas otras. Toda regulación fundada en este propósito deberá buscar un objetivo institucional, por lo que no deben entenderse como simples restricciones o limitaciones ad hoc (al derecho de propiedad, por ejemplo).

Un caso particularmente relevante e interesante de regulación fundada en el interés institucional dice relación con las empresas informativas, dado que en las sociedades contemporáneas la libertad de información se ejerce típicamente a través de medios de comunicación.

Ello ha generado algún nivel de tensión, dado que ellas comparten un doble carácter de empresas productivas, generalmente con fines de lucro, y por otro, de actores sociales fundamentales para la formación de la opinión pública y el buen funcionamiento de la democracia.

²⁶⁴ La consagración de este derecho en forma autónoma ha sido precisamente una de ellas.

²⁶⁵ El Tribunal Constitucional constata que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión e información ha modificado el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas a enjuiciar hayan sido realizadas en ejercicio de dichas libertades “(...) ya que la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*, utilizado tradicionalmente por la jurisprudencia penal para la determinación de la existencia o no de este tipo de delitos (STC 148/2002, FJ 3). En un idéntico sentido, la STC 127/2004, que además agrega en su FJ 2 que “la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone la necesidad de que (...) se deje un amplio espacio, al disfrute de las libertades de información y expresión”.

Con el mismo propósito de favorecer el flujo de información se establece el secreto del periodista, que tiene una lógica y una fundamentación muy diferente a todos los demás.

Esta situación traerá aparejada una superposición de normativas y exigencias, así como una disparidad de intereses, que pueden verse claramente en situaciones como el tratamiento de los monopolios, el respeto del pluralismo y la promoción de ciertos estándares mínimos de calidad.

Dada la relevancia y especificidad de la materia, la trataremos en un apartado diferente.

Otra consecuencia relevante del rol activo asumido por el Estado, y que ha tenido un importante desarrollo durante los últimos años, dice relación con la facilitación del acceso a la información, y más concretamente, con la transparencia de los actos públicos y con el deber de informar.

Este desarrollo se vincula estrechamente con la dimensión institucional de la libertad de información, y con el reconocimiento dado a la crucial importancia de contar con una ciudadanía informada y deliberativa. Ello ha exigido una mayor transparencia de los actos del Estado, exigiéndose a las autoridades públicas el deber de facilitar y entregar la información, incluso antes que les sea requerida, estableciendo sólo un número muy limitado de excepciones²⁶⁶.

El modo en que el Estado asuma su mandato en esta materia deberá ser objeto de un debate político y vinculado a la realidad en que busque su implementación. Esta tarea admitirá muchas posibilidades legítimas, aunque siempre buscando propiciar aquel estado de cosas que haga más propicia la existencia de una opinión pública vigorosa e informada²⁶⁷. Asimismo, deberá tener especial cuidado de no limitar injustificadamente las libertades de expresión y de información, consideradas como derechos individuales de libre configuración.

4.- Protección constitucional de la libertad de información

Hemos señalado que tanto la libertad de información como la de expresión protegen el derecho individual de comunicar algo a otros. Pero el ejercicio de la libertad de información ha sido dotado de una protección adicional por parte de la Constitución, en atención al impacto positivo que se espera de su ejercicio, especialmente respecto de la calidad de la democracia, el buen gobierno y el reconocimiento y protección de otros derechos.

La especial protección que se otorga al ejercicio de esta libertad, obedece por tanto, a una necesidad institucional que debe ser estimulada: la producción y comunicación de cierto tipo de información, especialmente valiosa para la vida social y para el desarrollo democrático. Dado que esta protección especial y reforzada permitirá a las expresiones informativas imponerse sobre otros derechos fundamentales, es natural que se haya querido precisar su ámbito de acción, limitándolo a lo estrictamente deseado: proteger y favorecer las expresiones capaces de contribuir a la formación de la opinión pública. Por ello, su ejercicio se condiciona a la presencia de dos requisitos copulativos: la veracidad de la información comunicada y su vinculación con el interés general, es decir, con la

²⁶⁶ Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob, cit., nota 96, p. 107.

²⁶⁷ STC 105/1983, FJ 11; STC 13/1985; y STC 167/1986.

relevancia pública de la misma²⁶⁸. En ausencia de cualquiera de estos requisitos, la comunicación no estará respaldada por el artículo 20.1 letra d) CE. En muchas ocasiones, sin embargo, no será posible distinguir si un acto comunicativo está protegido por la libertad de información o de expresión, y en otros, gozará del amparo de ambos, por lo que aún sin cumplir con los requisitos arriba señalados quedarán protegidas por el artículo 21 letra a) CE, referido a la libertad de expresión. En estos casos no podrá alegarse su protección especialmente reforzada, por lo que su capacidad para afectar o restringir legítimamente otros derechos será, aunque elevada, menor. Ciertamente, determinar si estamos ante una expresión protegida por un derecho u otro es un asunto que puede revestir complejidad, y exigirá siempre de un análisis circunstanciado y razonado²⁶⁹.

Analizaremos primeramente el requisito del interés público. Luego nos referiremos al elemento de la veracidad. El orden elegido es relevante, ya que si los hechos comunicados no son de interés público, será innecesario e irrelevante analizar el segundo factor.

4.1.- El interés público como requisito y justificación de la libertad de información

La Constitución exige la presencia de un interés público en aquello que se comunica bajo el amparo de la libertad de información, mostrando así el principal

²⁶⁸ Muchos textos constitucionales y legales han ido recogiendo expresiones idénticas o similares para referirse al ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, buena parte de lo señalado en estas páginas puede ser de interés y aplicación general. El TC ha recogido estos requisitos en innumerables sentencias, que iremos desarrollando a lo largo de este capítulo (ver por ejemplo, STC 205/1994, FJ 6; STC 288/1994, FJ 2 y 3; STC 92/1995, FJ 1 y 2; STC 120/96, FJ 10; STC 113/2000, FJ 4; 117/2003, FJ 3; STC 65/2004, FJ 3; STC 232/2005, FJ 3 y 4; STC 155/2006, FJ 4 y 5; STC 338 /2006, FJ 2 y 3; y STC 24/2007, FJ 2 y 3, entre muchas otras.

El Tribunal Supremo también lo ha entendido de la misma manera, como puede verse por ejemplo en STS de 13 de junio de 1998: “El contenido del derecho constitucionalmente protegido se define, pues, por el rasgo de la veracidad de la información transmitida y por la relevancia pública del asunto a que se refiere, lo que supone que es del interés general por las materias sobre las que versa y por las personas que intervienen”. En la sentencia del 23/10/2008 se repite una idea similar: “en la interpretación de estos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad”.

²⁶⁹ La STC 148/2002, FJ 4, es muy elocuente: “Por lo que se refiere específicamente al derecho a comunicar libremente información, el Tribunal ha declarado de manera reiterada que su ejercicio legítimo requiere la concurrencia de un requisito esencial, a saber, la veracidad de la información, pues de modo expreso la Constitución configura la libertad de información como el derecho a comunicar información veraz. A ese primer requisito puede añadirse en ocasiones el interés y la relevancia pública de la información divulgada. En ausencia de alguno de dichos requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el art. 20.4 CE, singularmente, y por lo que en este caso interesa, al derecho fundamental al honor. De ahí que se haya condicionado la protección constitucional de la libertad de información, frente al derecho al honor, a que la información sea veraz y a que se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de “noticiales”. Ver en el mismo sentido STC 154/1999; 11/2000, FJ 7; y STC 54/2004, FJ 3.

elemento justificante de la especial protección entregada a este tipo de expresiones²⁷⁰.

Junto al interés público, que apunta al contenido, la Constitución exige como requisito la veracidad²⁷¹ de las mismas, con lo que busca garantizar su calidad, operando como un calificante del primer elemento. Por ello, al hacer el análisis de ambos requisitos frente a cada caso concreto, el factor de interés público debe primar sobre el de veracidad en relevancia, y además antecederlo.

Con ello, podríamos encontrar situaciones donde la información que no es de interés público podría ser veraz y de todos modos no quedar protegida. Luego, si el asunto al que se hace referencia no tiene esa especial aptitud que le permite contribuir a la formación de la opinión pública, y que es precisamente aquello que lo hace participar de la categoría de “asuntos de interés común o público”, no será ya necesario indagar si es veraz o no²⁷².

El “interés público” es, por tanto, un requisito formal exigido por la Constitución para la especial protección constitucional, y al mismo tiempo, aquello que justifica y establece el ámbito del derecho protegido. Dicho de otra manera, el interés público delimita los contornos o límites internos de la libertad de información, indicándonos el tipo de asuntos que podrán comunicarse bajo su amparo, y que tendrán aquella especial capacidad de afectar otros derechos en forma legítima.

La importancia del concepto “interés público” es evidente, tanto en el plano operativo como conceptual. Por ello, parece fundamental hacer un esfuerzo por determinar cuáles son los elementos que lo justifican, caracterizan, definen y delimitan. Esta tarea no será fácil, pues se presenta como un concepto particularmente amplio, abierto, e indeterminado, abultando con ello la ya larga lista de conceptos constitucionales susceptibles de interpretación, polémica y construcción doctrinaria y jurisprudencial.

²⁷⁰ La STC 12/2012 señala que “(...) entre los límites inmanentes se encuentran los requisitos de veracidad y de interés general o relevancia pública de la información (STC 68/2008, FJ 3; y STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2); en ausencia de los dos mencionados requisitos decae el respaldo constitucional de la libertad de información. Por otro lado, como límites externos del derecho a la información se sitúan los derechos específicamente enunciados en el art. 20.4 CE”.

La STC 28/1996 señala que “Forma parte ya del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (STC 6/1988; STC 171/1990; STC 219/1992; y STC 22/1995)”.

WARREN y BRANDEIS, en un célebre ensayo sobre el Derecho a la Privacidad, señalaban que resultaba “difícil tarea determinar (...) el punto exacto en el cual la dignidad y conveniencia del individuo debe ceder a las demandas del bienestar público o de la justicia particular (...). El derecho a la privacidad no prohíbe ninguna publicación de un asunto que es de interés general o público”. Samuel D. WARREN and Louis D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5 (1890), p. 214.

²⁷¹ El otro requisito expresamente señalado es la veracidad, que ya hemos tratado, pero que creemos debe ser evaluado en forma posterior a este. De esta forma, en ausencia de interés público, no tendrá objeto analizar el requisito de veracidad.

²⁷² Hay, por tanto, también una razón de economía procedimental para actuar de esta manera.

4.1.1.- Concepto de interés público frente a la libertad de expresión e información

Podemos definir el interés público en materia informativa como aquello que justifica la especial protección dada a determinadas expresiones por parte de la Constitución.

Este punto de partida, sin duda tautológico (la libertad de información protege aquello que es de interés público; el interés público es aquello que es protegido y favorecido por la libertad de información), tiene la capacidad de destacar la causa por la cual se da una protección especialmente reforzada a determinado tipo de expresiones (por sobre la ya ofrecida por la libertad de expresión), lo que nos dará muchas ventajas en el plano organizativo y conceptual para abordar correctamente el desarrollo de este instituto.

Desde los primeros desarrollos de la libertad de expresión se reconoció la existencia de un selecto grupo de informaciones cuyo conocimiento era necesario y especialmente valioso para la realización de análisis políticos colectivos y de calidad. En democracia, la difusión de este tipo de informaciones se volvió un requisito del mismo orden político, pues sin ella el ejercicio serio y meditado del derecho a sufragio se veía seriamente limitado. Al mismo tiempo, y más allá de los momentos electorales, se estimó que la difusión pronta de este tipo de informaciones favorecía la participación de las personas en los asuntos públicos, facilitaba una mejor comprensión y análisis de los mismos, y contribuía al control (y autocontrol) de las autoridades y de sus actuaciones²⁷³.

En tiempos más recientes, este énfasis ha sido lo que ha dado pie a la construcción autónoma del derecho a la libertad de información, mostrándonos el estrecho vínculo existente entre el “interés público”, la dimensión o propósito institucional de la libertad de expresión y este nuevo derecho informativo.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en forma reiterada y consistente, que el derecho a informar ha sido establecido “en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que pueden encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva”²⁷⁴. Sólo en cuanto las informaciones sean capaces de realizar este

²⁷³ Desde mucho antes que los conceptos de libertad de información y de opinión fueran incorporados a textos constitucionales la doctrina y la jurisprudencia sobre la libertad de expresión y de prensa ya se había referido conceptualmente a ellos, señalado en reiteradas oportunidades y por medio de numerosos autores que las expresiones necesarias para el funcionamiento de la democracia, debían recibir una protección especial y superior al resto de las expresiones. Buena parte de la doctrina norteamericana, donde no se ha diferenciado la información como un derecho diferente dentro de la primera enmienda, se ha desarrollado en torno a este planteamiento. En cambio el desarrollo de la libertad de información, tal como es protegido por el art. 20.1 letra d) de la CE es reciente.

²⁷⁴ STC 105/1983, FJ 11; y STC 6/1988, FJ 5, sentencia ésta citada, junto a otras, en la STC 154/1999, FJ 2: “una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos”. El interés público concurre “cuando la información que comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (STC 134/1999, FJ 8; STC 154/1999, FJ 9; STC 52/2002, FJ 8). Según la STC 115/2000, FJ 9, “resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción

propósito tendrán la capacidad de imponerse, en caso de conflicto, sobre otros derechos protegidos²⁷⁵.

La jurisprudencia constitucional ha señalado también que la información debe incidir en el ámbito de lo público por “su objeto y por su valor”, debiendo poder observarse ambos elementos en toda comunicación que adquiera la protección de la libertad de información²⁷⁶. Ello implica la posibilidad de establecer distinciones y eventualmente, divisiones de elementos informativos, incluso dentro de un mismo hecho, donde podrá haber elementos que por su materia son de interés público (juicios) pero no alcanzan la categoría de noticiables bajo protección constitucional por no ser de relevancia suficiente.

Son numerosas las sentencias del Tribunal Constitución Español que se pronuncian en este sentido. Por ejemplo, la STC 154/1999, FJ4, señala que “la información debe tener por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados, puedan calificarse como noticiables o susceptibles de difusión, para conocimiento y formación de la opinión pública”²⁷⁷.

de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento” (STC 134/1999, FJ 8, entre otras muchas).

Lo importante “no es si lo publicado en este caso fue o no veraz”, sino “que lo informado resulte de interés público (STC 171/1990, FJ 5, por todas) pues sólo entonces puede exigirse a aquéllos que afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad” (STC 29 (en realidad 20)/1992, FJ 3).

²⁷⁵ Rafael SARAZÁ JIMENA, *“Libertad de Expresión e Información frente al Honor, Intimidad y Propia Imagen”*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 437-439; Luis Javier MIERES, *“Intimidad Personal y Familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional”*, Aranzadi Navarra (2002), p. 69.

²⁷⁶ El TCE ha señalado que “la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena”. STC 20/1992, FJ 3.

²⁷⁷ Lo mismo puede verse, por ejemplo, en las STC 6/1988; STC 20/1990; STC 105/1990; STC 136/1994; STC 204/1997; y la STC 232/2002, que ha elaborado un “cuerpo consolidado de doctrina en relación a los derechos regulados en el art. 20.1 CE” (FJ 1). La STC 148/2002, FJ 4 indica que: “De ahí que se haya condicionado la protección constitucional de la libertad de información, frente al derecho al honor, a que la información sea veraz y a que se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables”. La STC 12/2012, de 30 de enero de 2012 dispone: “En cuanto a la relevancia pública de la información, este Tribunal ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos “noticiables” por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada”. De manera que, “sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático”.

El Tribunal Supremo ha sostenido una interpretación similar en su STS del 26 de noviembre de 2008, más suficientemente diferente: “para que la incidencia del derecho a la libertad de información sobre otros bienes constitucionales se repunte legítima es necesario que lo informado resulte de interés público, en suma, relevante para la comunidad”. Esta perspectiva, o al menos cierta lectura realizada a ella, ha dado origen al criterio descriptivo para determinar el interés público, especialmente acogida en la jurisprudencia norteamericana, que desarrollaremos más adelante.

De esta manera, muestra que ambos criterios, subjetivo y objetivo, pueden merecer la protección constitucional especial del artículo 20.1 letra d) de la Constitución Española, siempre que, ciertamente, contribuyan al “conocimiento y formación de la opinión pública”, lo que operaría como un criterio para determinar qué elementos de la realidad pueden ser comunicados bajo esta protección, y al mismo tiempo, como una condición para el ejercicio del mismo.

Entendemos que ambas condiciones (conocimiento y capacidad para la formación de la opinión pública) deben interpretarse en forma copulativa, por lo que ambas deben estar presentes en toda información protegida. De este modo, queda reiterada la idea de que aquella información que aporte conocimiento pero no tenga la aptitud para contribuir a la formación de la opinión pública, no merecerá protección constitucional²⁷⁸.

4.1.2.- Consecuencias que se siguen de esta comprensión del interés público en materia informativa

4.1.2.1.- El interés público y la curiosidad del público no deben ser confundidas

El hecho de que muchos, o todos, quieran conocer o saber sobre algo, no legitima la vulneración de otros derechos ni vuelve de interés público la materia en cuestión²⁷⁹. Pese a que este criterio se encuentra mucho más nítidamente desarrollado en las jurisprudencias europeas que norteamericanas²⁸⁰, en ambas tradiciones es posible encontrar referencias a este punto.

El Tribunal Constitucional ha señalado, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “que el factor decisivo en la ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión estriba en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto” (por todas, CEDH N° 59320/00, *Von Hannover v. Alemania*, de 24 de junio de 2004, párrafos 65 y 76)²⁸¹.

²⁷⁸ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 279: “Cuando lo difundido no tiene ninguna relación con el cargo o función que desarrolla, es decir, en aquellas informaciones que no contribuyen en modo alguno a incrementar la participación del ciudadano en la vida colectiva”. En el mismo sentido, la STC 197/1991, FJ 4: “no toda información que se refiera a una persona con notoriedad pública goza de especial protección, sino que para ello es exigible, junto a este elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea”.

²⁷⁹ STC 20/1992, FJ 3; y STC 154/1999: “no puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena”.

²⁸⁰ En la tradición norteamericana ha existido una tendencia a confundir curiosidad pública con interés público, y a vincular este elemento con el estatus de persona o figura pública.

²⁸¹ STC 12/2012, FJ 4. En el mismo sentido se había pronunciado ya anteriormente, señalando que: “Si identificamos interés público con curiosidad no nos encontraremos ante una auténtica transmisión de información, sino más bien ante transmisión de anécdotas de mayor o menor relevancia, que no enriquecerán en modo alguno el necesario debate en torno a la vida pública ni

En el mismo sentido se pronunció la STC 231/1988, referida al torero “Paquirri”, luego de ser herido durante una corrida de toros, y que posteriormente le provocó la muerte. Frente a ello, el Tribunal Constitucional señaló que la divulgación de las imágenes obtenidas en la enfermería²⁸², no se relacionaban suficientemente con los asuntos que podían justificar el interés público²⁸³, pues incidían en la intimidad personal y familiar de la recurrente; agregando que en este tipo de casos “las circunstancias que sean manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información” deben ser evitadas²⁸⁴. Esta declaración se hizo con pleno reconocimiento de que se trataba de una persona conocida (factor subjetivo), que voluntariamente ofrecía un espectáculo donde la posibilidad de sufrir un accidente (consentimiento) y que hacía referencia a una actividad públicamente cuestionada (elemento material)²⁸⁵.

Del mismo modo, se refirió el Tribunal Constitucional frente a la situación de un hombre de negocios, fotografiado besándose junto a una acompañante en una playa de Kenia y luego publicado en dos oportunidades en la portada de la revista “Diez Minutos”²⁸⁶. Pese a que el Tribunal Supremo había señalado que la información debía gozar de protección constitucional “el demandante es persona pública, se da un interés general de la información, y la imagen se tomó en lugar público”²⁸⁷, el Tribunal Constitucional Español señaló que “revelar sus relaciones

facilitaran el pluralismo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática” (STC 20/1992, FJ 3).

²⁸² La STC 231/1988, FJ 6 señala que se trataba de “imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia a los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero”. La STC 231/1988, FJ 6 y FJ 7, también menciona como cuestión a definir: “si (...) el hecho de que tales imágenes hubieran sido ya emitidas por la televisión en programas informativos viene a eliminar su carácter íntimo.” El TCE señala que es un típico caso de ponderación, donde los derechos de unos y otros son reales y legítimos, pero incompatibles (STC 231/1988, FJ 4).

²⁸³ STC 231/1988, FJ 6 y FJ 8.

²⁸⁴ STC 231/1988, FJ 5.

²⁸⁵ STC 231/1988, Antecedentes 2, 7. Sin perjuicio de ello, es evidente que la profesión de torero conlleva riesgos y supone un consentimiento del mismo a que aquello que puede suceder durante su trabajo sea hecho público (como una lesión lo sería en el caso de un futbolista). Las imágenes, por tanto, serían parte del propio espectáculo (aunque la defensa alegara que las imágenes de enfermería no eran parte de dicho espectáculo, como se observa al leer el FJ 8).

²⁸⁶ STC 83/2002.

²⁸⁷ Cabe señalar que previamente, en la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo había sostenido que “las imágenes difundidas estaban amparadas en la libertad de información por ser el demandante una persona pública y darse un interés general de la información”. Lo primero por ser aquél una persona de proyección pública en su faceta de trascendencia económica, afirmando que la persona de proyección pública no tiene escisiones en su personalidad, en el sentido de que para un ámbito es público y para otro es privado, como se declara en las Sentencias de instancia y apelación. Y lo segundo porque el interés general no se halla en la importancia o trascendencia del reportaje sino en que se trata de unos actos privados en que la persona, por los usos sociales y por el ámbito que mantiene reservado, le ha convertido en punto de atención de los medios de comunicación, y lo son por constituir en casos semejantes motivo para importantes cambios financieros, en alusión a las relaciones entre el Sr. Cortina y la Sra. Chávarri, desveladas por la misma revista (STC 83/2002, FJ 5).

De acuerdo con la STC 83/2002, FJ 2, el reportaje publicado estaba amparado por la libertad de información, fundado en tres circunstancias: que el demandante es persona de proyección pública, que se da un interés general de la información, y que la imagen se tomó en lugar abierto a

afectivas”²⁸⁸ no puede considerarse un bien o derecho fundamental merecedor de mayor protección, y que “el simple hecho de ser una persona conocida y encontrarse en un lugar abierto”²⁸⁹, no podía considerarse un factor de riesgo para los derechos constitucionalmente protegidos.

El mismo criterio se utilizó frente a una demanda presentada contra una publicación relativa a la vida privada de Isabel Presley²⁹⁰, realizada en base a las declaraciones de una antigua empleada doméstica²⁹¹. Pese a que el Tribunal Supremo señaló que la información difundida “tenía interés general, por cuanto se referían a una persona con proyección pública”²⁹², el Tribunal Constitucional consideró que el conocimiento de sus rasgos físicos íntimos, de los regalos que se hacían para navidad, o de sus trucos de belleza, no podía considerarse amparado por el criterio de interés público, “porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país”²⁹³.

Las sentencias recién citadas muestran una particular complejidad del sistema español y de cualquier sistema de protección de derechos fundamentales: la disparidad de criterios existentes entre distintos intérpretes, incluso altamente calificados. Lo anterior no es un asunto menor, pues en todos estos casos, y en muchos más, los criterios utilizados en el mismo asunto por los máximos tribunales del país diferían sustancialmente, otorgando protección en un caso, y negándolos en otros.

Como ya adelantábamos, la posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en estas materias ha sido más errática. En 1958, por ejemplo, validó la publicación de un reportaje sobre una niña de 12 años que había sido madre, señalando que, en cuanto hecho biológico, ello tenía “un gran interés público”²⁹⁴. Asimismo, atribuyó interés público a “las imágenes de un grupo de mujeres corpulentas tratando de reducir su peso con la ayuda de aparatos bastante nuevos y extraños (...) al menos

público, como es una playa. Fue precisamente dicha ponderación del Tribunal Supremo la que fue cuestionada por la recurrente (FJ 3), quien alegó que “el demandante no es propiamente “persona pública” sino de proyección pública, circunstancia que por sí sola no protege cualquier información referida a ella, especialmente si los hechos revelados afectan a su intimidad”. Tampoco concurriría la excepción contemplada en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982 (que predomine un interés histórico, científico, o cultural relevante), ni la prevista para el derecho a la propia imagen en el art. 8.2 de la misma Ley, pues la información publicada no satisface un interés general sino la frívola curiosidad intrascendente y un afán comercial de dar a conocer situaciones privadas sin ninguna relevancia”. Además, se alegó que “las imágenes difundidas no fueron captadas por un profesional del periodismo, sino que son fotografías privadas y de recuerdo, las cuales fueron obtenidas por el medio de comunicación sin intervención del demandante, quien nunca otorgó el consentimiento para su publicación, circunstancia que por sí solo impediría que pudieran ampararse en el derecho a la información”. El fiscal se manifestó en forma similar, solicitando “el otorgamiento del amparo y la anulación de la Sentencia impugnada para que se dicte otra que reconozca la existencia de una intromisión ilegítima en la intimidad del recurrente”.

²⁸⁸ STC 83/2002, FJ 5.

²⁸⁹ STC 83/2002, Antecedentes 9.

²⁹⁰ STC 115/2002.

²⁹¹ STC 115/2002 Antecedentes 2, letra a.

²⁹² STC 115/2002, FJ 7.

²⁹³ STC 115/2002, FJ 5.

²⁹⁴ *Meetez v. Associated Press* 95 S.E. 2d 226 (1958).

en tanto una gran porción del sexo femenino continúe con su preocupación sobre ello”²⁹⁵.

Pero también ha señalado, que la notoriedad y el carácter de una figura pública “no permitía afirmar que sus idas y venidas, sus gustos en ballet, la comida que consumía y otras minucias (...) fuesen de interés para el público (...), sino que, por el contrario, servían meramente para satisfacer su curiosidad”²⁹⁶.

En la jurisprudencia comparada también pueden encontrarse muchos ejemplos en este sentido. El Tribunal de Casación Francés, por ejemplo, señaló que la existencia de un hijo de Alberto de Mónaco no fue considerado como de interés público actual, por lo que no se pudo publicar información o fotos al respecto, aunque recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto del mismo caso, señaló lo contrario²⁹⁷.

4.1.2.2.- Los diversos elementos vinculados con un asunto de interés público informativo pueden recibir diversos niveles de protección

Tendremos situaciones en que algunas materias o circunstancias específicas, estando claramente relacionadas a un asunto de interés público, tendrán poca capacidad de aportar información relevante y nueva a efectos de contribuir a la formación de la opinión pública.

En estos casos, cuando el daño que estas informaciones puedan ocasionar a otros derechos sea mayor que el beneficio de su publicidad, podrán establecerse limitaciones a la misma.

Entre las informaciones que estarían bajo esta categoría encontraremos a las que se refieren a menores²⁹⁸, o a detalles de la vida íntima de las personas involucradas y que, como hemos señalado, no aportan información relevante a la comunidad para la comprensión del caso. La restricción a que fue sometida la imagen de Osama Bin Laden muerto, que realizó el Presidente Obama luego de ponderar los bienes

²⁹⁵ Don R. PEMBER, *“Privacy and the Press: the Law, the Mass Media, and the First Amendment”*, University of Washington Press (1972), p. 113.

²⁹⁶ *Kennedy Onassis v. Galella* (1973). En este caso se sancionó a un fotógrafo que había seguido y fotografiado a la viuda del ex presidente John F. Kennedy y del magnate griego Aristóteles Onassis en espacios públicos.

²⁹⁷ Sentencia de la Corte de Casación (Francia), Sala Civil, de febrero 2007, 06-10393. Sin embargo, la CEDH señaló recientemente que la existencia de este hijo era un asunto de interés público, especialmente para los habitantes de Mónaco, por lo que “Paris Match” las había publicado en forma legítima. CEDH No 40454/07, *Coneder y Hachette Filipacchi Asociados contra Francia*, sentencia del 12 de Junio de 2014, revisada por la Gran Sala el 13 de octubre de 2014

²⁹⁸ STC 134/1999, FJ 8: “Una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referencia a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de ciudadanos, no por narrar los detalles relativos a una adopción y a sus protagonistas. Aún en el caso que se convenga en que la existencia de un proceso judicial sobre la presunta existencia de una red de compraventa de menores sea un asunto dotado de dicha relevancia pública...tal circunstancia no justifica, por absolutamente innecesaria, revelar información sobre dos menores cuya única relación con tal desagradables hechos es que, quien dice ser su madre biológica está implicada en ellos.” Cabe señalar que este caso involucraba a la cantante Sara Montiel, factor que tampoco fue considerado como relevante a la hora de permitir la publicidad del caso.

en juego (seguridad nacional, paz social, etc.)²⁹⁹ es también un buen ejemplo en este sentido.

El distinto tratamiento que dos medios informativos españoles dieron al accidente aéreo ocurrido cerca de Bilbao³⁰⁰, y en especial, a la persona que pilotaba la nave, pueden ilustrarnos en este sentido.

El diario “El País” informó sobre el carácter complejo y a ratos problemático del piloto (depresión, impulsividad, agresividad, etc.). Frente a ello, el Tribunal Constitucional señaló que algunas personas privadas envueltas en asuntos de relevancia pública pueden ser objeto de cierta publicidad relativa a su vida privada, debido, en este caso, a la “innegable relevancia pública y social del accidente y de sus posibles causas”, entre las cuales podría estar un fallo humano. “La competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público (...) las condiciones en que se encontraba y la conducta profesional (...) ha de considerarse sometida a crítica y escrutinio públicos también por parte de los medios de comunicación, por ser temas de relevancia pública”³⁰¹.

Por su parte, el “Diario 16” señaló que el piloto era un “cachondo mental” y que siendo casado y con hijos “vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses”. En este caso, referido a los mismos hechos, el TC consideró que estas expresiones eran aspectos propios “de su vida privada más íntima” y eran innecesarias para ilustrar a la opinión pública sobre los hechos³⁰², por lo que no gozaban de protección constitucional.

Siguiendo el mismo criterio, el Tribunal Constitucional señaló que informar que una persona padeciera de SIDA, no agregaba nada relevante al hecho de interés público que se informaba³⁰³.

²⁹⁹ Evidentemente, para ocultar la información del hecho mismo de la muerte, las razones debieron haber sido más poderosas, lo que no ocurrió en este caso.

³⁰⁰ STC 171/1990; y STC 172/1990.

³⁰¹ STC 171/1990, FJ 7. El mismo criterio se utilizó frente a la información divulgada por el diario “ABC” en el caso de un presunto violador de menores con discapacidad, de las cuales el acusado era el cuidador. El TC consideró que ellas “no supusieron una intromisión gratuita o innecesaria en la esfera de la intimidad del procesado” (STC 154/1999, FJ 9).

³⁰² STC 172/1990, FJ 4.

³⁰³ Más aún, el Tribunal Constitucional señaló que si bien el desarrollo de la pandemia y muchos aspectos a él relacionados pueden ser de gran interés, la individualización de los afectados, sobre todo cuando pueden incomodar o perjudicar a los aludidos, no debe ser autorizada.

En la STC 20/1992, FJ 3, se señala que: “La identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral (y también económico, como luego se demostró) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social (...). Y también es notorio, en segundo lugar y por último, que la identificación de las personas así supuestamente afectadas por tal enfermedad fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir, pues sin ninguna duda hay en orden a la convivencia de que la comunidad sea informada sobre el origen y evolución, en todos los órdenes, de un determinado mal, no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización directa o indirecta, de quienes lo padecen(...). Tal información no es ya de interés público, y no fue aquí, con la consecuencia, ya clara, de que su difusión comportó un daño o, cuando menos, una perturbación injustificada por carente, en rigor, de todo sentido”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido idéntico criterio en el caso *Andreas Wabl v. Austria*, donde ni siquiera el hecho de que el afectado fuera parlamentario fue considerado una

Por todo lo dicho, podemos concluir que no todo lo relativo a un asunto de interés público será noticiable ni gozará de protección constitucional, debiendo el informante omitir aquellos aspectos que no contribuyendo al conocimiento y a la formación de opinión pública sobre los hechos, puedan dañar otros derechos.

4.1.2.3.- El concepto de interés público trasciende a los asuntos estatales y políticos (y por lo tanto, también a los funcionarios públicos y políticos)³⁰⁴

Dado que el fundamento y el objetivo de la libertad de información radica en “la utilidad real que la comunidad pueda derivar de la información transmitida (...) aún en perjuicio de otros intereses”³⁰⁵, su realización supera el ámbito de lo público entendido como estatal, e incluso de lo personal.

La protección de la libertad de información debe alcanzar, por tanto, a todas aquellas comunicaciones que contribuyan “al desarrollo de la opinión pública, respecto de todo tipo de problemas sobre los que un inteligente ciudadano debería de pensar”³⁰⁶, y que “puedan interesar y afectar, en forma directa o indirecta, a una colectividad”³⁰⁷.

Como consecuencia de ello, el conocimiento de hechos privados de impacto colectivo podrá ser muchas veces protegido, así como algunas vulneraciones a los derechos personales de las personas involucradas en ellos.

Así ocurre por ejemplo cuando se difunde información relativa a pandemias, inclemencias climáticas, hechos de la naturaleza, eventos artísticos y culturales, entre tantos otros³⁰⁸, por mucho que el “interés público” que exista sobre los mismos sea menos evidente o más difícil de determinar que cuando nos referimos a asuntos políticos y estatales propiamente tales.

4.1.3.- Otros criterios diferentes al interés público que permiten difundir informaciones y eventualmente afectar otros derechos protegidos

Muy comúnmente, el análisis de lo “noticiable” adolece de una dificultad que no siempre es abordada o destacada en forma suficiente.

No todo lo que se difunde por vía de los medios de comunicación se encuentra protegido por la libertad de información, sino por otros factores igualmente

causal suficiente para justificar la información (CEDH N° 24773/94, *Andreas Wabl v. Austria*, de 21 de Marzo de 2000, párrafo 42).

³⁰⁴ Este punto será más desarrollado cuando expliquemos los alcances del factor subjetivo en el interés público informativo.

³⁰⁵ STC 20/1992, FJ 3; STC 134/1999, FJ 8; STC 154/1999, FJ 9; STC 115/2000, FJ 9; y STC 52/2002, FJ 8.

³⁰⁶ Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (1989), ob. cit., nota 225, p. 173.

³⁰⁷ STC 20/1992, FJ 7-9.

³⁰⁸ El TSA señaló que el próximo estreno de un musical basado en el caso de la familia Hill, que en 1952, fue tomada como rehén por un grupo de presos fugados de una cárcel norteamericana, si debía considerarse un hecho de interés público, autorizando su amplia cobertura (*Time Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 378).

relevantes pero muchas veces sub considerados, como típicamente sucede con el consentimiento dado por los involucrados a la publicidad recaída sobre ellos.

En efecto, el consentimiento puede justificar desde la publicidad comercial y sus limitaciones (tiempo, espacio) hasta la pornografía, desde la publicidad y la crítica realizada a la vida de los artistas, hasta la que recae sobre personajes del llamado “jet set”, e incluso, como veremos, a políticos y funcionarios públicos.

Esta situación ha dado pie a numerosas confusiones, pues también es común que este factor de aceptación, expresa o tácitamente dado, está también presente en la información relativa a los asuntos de interés público, en especial cuando esta se refiere a políticos y funcionarios. Esta última situación ha permitido sostener, sobretodo en la tradición americana, que quien se involucra en este tipo de actividades acepta voluntariamente las intromisiones en los derechos de su personalidad³⁰⁹. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en el mismo sentido³¹⁰.

Junto con la categoría anteriormente señalada, podremos ver casos donde el factor legitimador será la aceptación que las personas involucradas han hecho a la publicidad sobre su vida, muy especialmente cuando ello está asociado al ejercicio de una profesión y a un beneficio económico (artistas, etc.).

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar que “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública, aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos”³¹¹.

Asimismo, existen otras situaciones donde el consentimiento de la persona se presume por la presencia de la misma en un lugar considerado público, pues la “exposición de nuestra persona ante los demás en diversos grados, resulta algo concomitante a la vida dentro de una comunidad civilizada”^{312 313}.

³⁰⁹ *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 342, 344-345 (1974).

³¹⁰ STC 171/1990, FJ 5; STC 172/90, FJ 2; y STC 83/2002, FJ 5.

³¹¹ STC 171/1990, FJ 5. Replicado en la STC 83/2002, FJ 5; STC 171/1990, FJ 2; en similar sentido, STC 172/1990, FJ 5; y STC 232/1993, FJ 4.

³¹² *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S., 388 (1967).

³¹³ Uno de los conceptos más extendidos en la doctrina de la libertad de expresión tiene que ver con la exposición pública a la que cada persona se somete. Naturalmente, quien transita por lugares públicos se expone a ser visto por todos quienes puedan pasar por ahí, que puede ser cualquiera. Ello incluye naturalmente fotógrafos, periodistas, etc. A *contrario sensu*, quien está en la privacidad de su hogar no se está exponiendo a la mirada de terceros, por lo que no puede ser fotografiado.

Naturalmente, este criterio es indiciario, y no definitivo, y en todo caso, nunca ofrecerá la misma protección que el “interés público”. Sin embargo, podemos presumir que frente a hechos ocurridos en lugares públicos, se debe presumir la autorización o tolerancia a su difusión, dentro de límites razonables (ni imágenes o conversaciones logradas con dispositivos especiales de

Asimismo, el espacio físico o lugar dónde hayan ocurrido los hechos puede considerarse como una suerte de aceptación tácita a la publicidad que en nada se relaciona con el interés público.

Sin embargo, la aceptación a ser visto en un determinado entorno debe ser adecuadamente comprendida de acuerdo a sus circunstancias, pues acudir a una playa, por ejemplo, supone la aceptación de ser visto por las personas que allí están, pero no a ser fotografiado y publicado en medios masivos³¹⁴.

Por otro lado, la necesidad de realizar otros objetivos valiosos y protegidos podría justificar determinada publicidad y afectar algunos bienes jurídicos, sin que necesariamente se haga referencia a un “interés público informativo”.

Ello corresponde a un ejercicio de ponderación entre derechos que refleja plenamente la lógica constitucional en estas materias³¹⁵, y que debe considerar todos sus requisitos (legalidad, idoneidad, proporcionalidad³¹⁶, justificación de la medida³¹⁷, entre otras).

En este sentido, parece particularmente interesante el caso analizado en la STC 14/2003, en que la policía difundió las fotografías de algunos inculpados en ciertos

registro, ni conversaciones evidentemente íntimas, etc.). “Basta con escoger cualquier periódico o revista para entender el vasto rango de temas publicados que exponen a las personas, tanto ciudadanos privados como funcionarios públicos, a la vista del público. La exposición de nuestra persona ante los demás en diversos grados, resulta algo concomitante a la vida dentro de una comunidad civilizada. El riesgo de tal exposición es un incidente esencial de la vida en una sociedad que otorga un valor primordial a la libertad de expresión y de prensa (...)” (*Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 388).

³¹⁴ *Galella v. Onassis*, 487 F.2d 986 (2nd Cir. 1973).

³¹⁵ STC 156/2001, FJ 4, y la doctrina constitucional allí citada.

³¹⁶ STC 14/2003, FJ 9 y 10: “En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (STC 66/1995, FJ 5; STC 55/1996, FJ 7, 8 y 9; STC 270/1996, FJ 4; STC 37/1998, FJ 8; y STC 186/2000, FJ 6).

³¹⁷ STC 14/2003, FJ 10: “La adopción de una medida como la cuestionada requería ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comportaba, en lo que ahora interesa, en el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo y, de otra parte, si la medida era idónea, necesaria, imprescindible y proporcionada para asegurar la defensa del interés público que se pretendía proteger. Y bien se comprende que el respeto a esa exigencia requería la fundamentación de la medida por parte de la autoridad que la ha adoptado, pues sólo tal fundamentación permitiría que fuera apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales pudieran controlar las razones que la justificaron a juicio de la autoridad policial (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.b). Sin embargo, en el presente caso la medida tomada por la autoridad administrativa carece en el momento de su adopción de cualquier fundamentación, la cual sólo ha sido ofrecida a posteriori durante la tramitación del expediente por responsabilidad patrimonial (...)”.

delitos, argumentando las necesidades de la investigación³¹⁸, el prestigio de la policía³¹⁹, entre otros valores.

En este caso, el Tribunal Constitucional aceptó la posibilidad de ponderar estos intereses con otros bienes en juego, aunque dadas las circunstancias del caso, consideró que la publicidad no estaba justificada³²⁰, en contra de lo sostenido por la Audiencia Nacional, que consideraba lo contrario³²¹.

4.2.- Análisis de los requisitos exigidos por la Constitución para conceder la protección reforzada específica del artículo 20.1 letra d) (libertad de información): Interés Público informativo y Veracidad

En lo que respecta al interés público como requisito de la libertad de información, aún sin lograr acuerdo en la definición conceptual, es posible encontrar un cierto consenso en algunas materias que generalmente deberán ser consideradas dentro de esta categoría.

En este empeño, sin duda de gran utilidad conceptual y práctica, deberemos recordar que cualquier construcción realizada en abstracto y en forma apriorística podrá ser derrotada dentro del marco de un juicio de balanceo realizado sobre un caso concreto. En este no sólo influirán las particulares circunstancias de cada caso, sino también las diferencias de base que existen en los miembros de una

³¹⁸ STC 14/2003, FJ 11: “(...) sobre el particular, es preciso recordar que este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE (STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.a; STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; ATC 155/1999, de 15 de junio)”.

³¹⁹ STC 14/2003, FJ 11: “(...) debe advertirse que reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 4; STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; STC 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4; STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4)”.

³²⁰ STC 14/2003, FJ 10, 11, 12.

³²¹ STC 14/2003, FJ 11: “La Audiencia Nacional justifica en su Sentencia la distribución por la policía de las reseñas fotográficas policiales, no sólo de la persona huida, sino también de las dos personas que le acompañaban ese día y en el lugar de los hechos, en atención a los fines perseguidos por dicha actuación policial, enumerando como tales : 1) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2) transmitir un mensaje de eficacia policial, y 3) hacer saber al huido que su cerco era más estrecho”. A lo que añade la consideración de que “no fue sino hasta el juicio cuando se pudo precisar el alcance de la conducta más que sospechosa” del recurrente en amparo, “y si tal ocurrió mucho tiempo después y sólo fue posible en ese momento, no hubo ilegitimidad en aquella actuación policial inicial”, pues “no fue una publicidad gratuita sino enmarcada, como suele ser normal (vid. fotografías de presuntos miembros de ETA, o retratos-robot que se difunden) en ámbito de la investigación, para sus específicos fines y con un mínimo de cautela y objetividad en las palabras empleadas”. Concluye la Sentencia afirmando que: “Aquí el proceder fue legítimo y justificado y el destinatario tenía razonablemente el deber de soportarlo porque también razonablemente y en aquel momento estaba situado en una posición que le era claramente desfavorable”.

sociedad respecto de aquello que contribuye a la formación de un juicio más completo sobre los asuntos de interés común. Esta diversidad de pareceres se ve potenciada, además, por la exigencia de pluralismo que nos impone la propia Constitución, y al objetivo del libre debate que este mismo derecho promueve y garantiza.

Sin perjuicio de las múltiples posibilidades y diferencias que puede presentar esta materia, se han construido algunos criterios que facilitan y orientan la toma de decisión, y sobre los cuales suele haber cierto consenso, al menos a nivel jurisprudencial.

Estos criterios permitirán al intérprete presumir que algunos asuntos, por razón de su contenido material o de las personas a que hagan referencia³²², como ya veremos, normalmente serán considerados como de interés público, y por lo mismo, aptos para ser comunicados bajo la especial protección ofrecida por el artículo 20.1 letra d) CE.

Sin estos criterios auxiliares, el peso de la justificación de cada caso particular recaería exclusivamente en la judicatura, lo que dificultaría su trabajo y afectaría incluso la confianza en el sistema judicial, pues permitiría levantar una permanente sospecha de discrecionalidad en sus decisiones.

4.2.1.- El interés público informativo como primera exigencia para conceder la protección reforzada específica del artículo 20.1 letra d) (libertad de información). Factores objetivos y subjetivos relacionados con el contenido de la información

Como hemos indicado en numerosas oportunidades, el Tribunal Constitucional ha señalado que la protección reforzada ofrecida por la libertad de información a determinadas expresiones depende de dos requisitos: su interés público y su veracidad. Las expresiones que no cumplan con estos criterios, quedarán excluidas de esta protección constitucional, aunque podrán legitimarse por otras vías.

Asimismo, el propio Tribunal Constitucional ha entendido que en la determinación del “interés público” de un hecho, pueden participar criterios objetivos y

³²² Junto con los criterios relativos al contenido de la información comunicada, en forma complementaria se ha señalado la existencia de una estrecha relación entre las informaciones relativas a determinadas personas y el requisito de “interés público”; pero ya veremos que muchos de ellos lo que se presenta es una técnica simplificada de reconocer un interés material sobre las acciones de determinadas personas.

En la STC 219/1992, se aprecia que el interés público de la noticia es delimitable “por razón de la relevancia pública de la persona o del propio hecho en el que esta se ve involucrada”. La STC 197/1991, FJ 4, aunque no con tanta claridad. En idéntico sentido, STC 240/1992, FJ 8; STC 15/1993, FJ 2; y STC 178/1993, FJ 2.

La jurisprudencia, partiendo de ello, ha señalado que la información puede ser de relevancia pública por causa de la persona o por la materia (los hechos en sí). Al respecto, STC 107/1988, FJ 2; STC 197/1991, FJ 2-5; STC 172/90, FJ 2; STC 320/94, FJ 3; STC 138/96, FJ 3; y STC 154/99, FJ 4. Sin embargo, se reconoce que las personas de notoriedad pública “inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece”. Los criterios señalados son aplicados tanto alternativa como copulativamente por el TC.

subjetivos, o lo que es lo mismo, criterios relativos a la materia o a la persona concernida³²³.

4.2.1.1.- Factores objetivos

Si lo que justifica la protección de la libertad de información es la relación de ciertos hechos e informaciones con el interés público, será necesario determinar qué materias, y bajo qué circunstancias, participan de este carácter.

Con el propósito de contribuir a este cometido, BUSTOS GISBERT señala algunas situaciones en las que normalmente podría establecerse una fuerte presunción en favor de su divulgación protegida.

En una lista que no parece taxativa, algunas situaciones típicas de ejercicio de la libertad de información serían:

- 1) La información sobre juicios penales, con independencia del carácter privado de la persona afectada por la noticia³²⁴. Curiosamente BUSTOS GISBERT no se refiere en este punto a los juicios civiles, lo que podría, a contrario sensu, hacer pensar que la presunción no es aplicable a ellos, o al menos, se encuentra muy debilitada en comparación con los procesos penales.
- 2) La información sobre actividades de grupos terroristas y de bandas armadas³²⁵.
- 3) La transmisión de hechos relacionados con conflictos o con acontecimientos sociales³²⁶.
- 4) La crítica al funcionamiento de los poderes públicos³²⁷ y de las autoridades políticas³²⁸.

³²³ STC 107/1988, FJ 2: “El valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen”. En el mismo sentido, STC 154/1999, FJ 4; STC 171/1990, FJ 5; STC 197/1991, FJ 2; STC 320/1994, FJ 3; y STC 138/1996, FJ 3.

³²⁴ STC 178/1993, FJ 8: “Que la información tenga por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los hechos en sí mismo considerados, puedan calificarse como noticiables o susceptibles de difusión, para conocimiento y formación de la opinión pública. Esta exigencia ha sido reiteradamente establecida por la doctrina de este Tribunal, que ha estimado la existencia de acontecimientos noticiables en los sucesos de relevancia penal (STC 178/1993; y STC 320/1994), y ello con independencia del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia (STC 320/1994), apreciándose, asimismo, que la relevancia pública de los hechos ha de ser también reconocida respecto de los que hayan alcanzado notoriedad (STC 3/1997)”. También STC 154/1999, FJ 4, haciendo referencia a STC 178/1993; a STC 320/1994; y a STC 320/1994. En un sentido similar, STC 30/1982; STC 23/1985.

También CEDH N° 23118/93, *Nilsen and Johnsen v. Noruega*, de 25 de noviembre de 1999, párrafo 46; CEDH N° 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de noviembre 1996, párrafo 58; y CEDH N° 26682/95, *Sürek v. Turquía (no.1)*, de 8 de julio de 1999, párrafo 61.

³²⁵ STC 105/1983; y STC 159/1986.

³²⁶ STC 240/1992; y STC 232/1993.

³²⁷ STC 104/1985; STC 6/1988; STC 107/1988; STC 143/1991; STC 40/1992; y STC 286/1993.

³²⁸ El TEDH se pronuncia en este sentido en el caso CEDH N° 16023/07, *Gutiérrez Suárez v. España*, de 4 de mayo de 2010, párrafo 34, referido a una denuncia de tráfico de drogas que

5) La información sobre sucesos, accidentes, etc., y todo lo relacionado con tales acontecimientos³²⁹.

La lista, sin duda, es útil e interesante, y parece girar preponderantemente en torno al elemento material. Pero algunos de estos elementos (el numeral 4, por ejemplo), si bien se refieren a asuntos o informaciones que pueden considerarse de interés público por su contenido, pueden confundirse con las personas involucradas, haciendo por momentos difícil determinar si el elemento que justifica la publicación protegida es más de contenido material que personal.

Puede verse que los criterios auxiliares aquí señalados, así como cualquier otro, sólo pueden ser tomados como una guía, de gran potencial didáctico e ilustrativo, pero en ningún caso estructural, normativa o absoluta³³⁰.

En la determinación de aquello que es de “interés público”, siempre existirá un “área gris” e indeterminada, que ofrecerá amplios márgenes para la interpretación, y que nos obligan a recordar que el objetivo de fondo de nuestro trabajo no debe consistir en la construcción de un catálogo de reglas aplicables en forma mecánica, sino la constante consideración del “interés público” que debe prevalecer en la información constitucionalmente protegida.

4.2.1.2.- Factores subjetivos o relacionados con el estatus de la persona sobre la que se informa

Tal como habíamos señalado más arriba, además de los criterios materiales o de contenido, otro elemento que ha sido utilizado reiteradamente para determinar el interés público de un hecho, y por lo mismo, la prevalencia de su difusión frente a otros derechos en conflicto, ha sido el llamado “factor subjetivo”, y que se relaciona con el estatus público de las personas sobre las que versa la información.

Como veremos, este elemento es más complejo y problemático que el criterio material arriba expuesto, en parte por ser un elemento jurídico auxiliar que no tiene reconocimiento constitucional ni legal³³¹. Su utilización ha generado tanto beneficios como problemas, además de no pocas confusiones³³², como tendremos ocasión de analizar en las líneas que siguen.

afectaba a la familia real de marruecos y que afectó al “Diario 16”. En la misma se hace referencia al caso CEDH N° 53886/00, *Tourancheau et July v. Francia*, párrafo 66.

³²⁹ STC 231/1988; STC 171/1990; STC 172/1990; STC 123/1993; y STC 178/1993.

³³⁰ Por ejemplo, el TS ha identificado un posible interés público informativo en lo concerniente a una disputa entre dos socios de una empresa comercial, dada la importancia que esta tenía para la sociedad gallega. STS del 16 de octubre de 2008: “las expresiones críticas vertidas por el demandado y dirigidas al actor se hallaban amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, al constituir la manifestación de una opinión desfavorable sobre la actuación del demandante como socio de la mercantil en la que ambos, actor y demandado, participaban, y que la pretendida intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante quedaba excluida por el interés relevante que en el conjunto de la sociedad gallega representaba el grupo empresarial del que ambos eran partícipes, así como por el carácter público del actor, dada su condición de socio de la referida mercantil”.

³³¹ Sólo encuentra un fundamento indirecto en la LO 1/82 que ocasionalmente menciona el cargo o posición como causal de justificación a la invasión a otros derechos tutelados.

³³² STC 197/1991, FJ 4; y STC 115/2000, FJ 5.

a.- Evolución del concepto de interés público informativo y la incorporación en el mismo del elemento subjetivo

Para intentar avanzar en este análisis, primeramente realizaremos una breve referencia a su génesis histórica.

Las primeras referencias relevantes al interés público como causa de legitimación de las afectaciones a otros derechos realizadas por expresiones e informaciones, y al factor subjetivo como elemento relevante del mismo, proviene del derecho americano, y más precisamente, del célebre artículo sobre el derecho a la privacidad publicado por WARREN y BRANDEIS en 1890³³³.

Para estos autores, ciertas interferencias en la vida privada, realizadas por medio de la difusión dada a ciertos hechos o informaciones, podía estar legitimado si estaban referidas a personas que ejercían un cargo público o pretendía hacerlo. Ni la fama, ni las informaciones desvinculadas a estas materias, debían ser consideradas bajo esta categoría³³⁴.

Desde aquella publicación, comenzó un desarrollo conjunto de los criterios de interés público, libertad de expresión y estatus social de la persona involucrada.

Paralelamente, la comprensión dada a la primera enmienda fue evolucionando, haciendo crecer sus ámbitos de protección³³⁵. Ante la imposibilidad de determinar con precisión qué tipo de informaciones realmente eran valiosas para un mejor análisis de los asuntos públicos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos fue incorporando en ella una serie de nuevos elementos, relativizando con ello el concepto de interés público³³⁶.

³³³ Cabe señalar que este artículo se refiere particularmente al derecho a la privacidad, que es un derecho centrado en la persona. Por ello, no debe sorprender la relevancia dada a este factor en este escrito. Samuel D. WARREN and Louis D. BRANDEIS (1890), ob. cit., nota 270, p. 216.

³³⁴ “La conveniencia en publicar los mismos hechos puede depender enteramente de la persona respecto de quien son publicados (...) peculiaridades sobre las actitudes de las personas, que en individuos ordinarios deberían estar libres de comentarios, pueden adquirir una importancia pública si se encuentran en candidatos a un cargo público (...). Publicar a un modesto y retraído individuo que sufre de un impedimento en el habla o que no puede deletrear correctamente, constituye una violación injustificada (...) de sus derechos, mientras que exponer y comentar las mismas características descubiertas en un candidato a legislador no podría estimarse que excede el límite de lo correcto (...). En general, entonces, las materias en las que la publicación debería ser restringida, pueden ser descritas como aquéllas que conciernen la vida, hábitos, actos y las relaciones privadas de un individuo, y que no posean legítima conexión con su aptitud para un cargo público que busca o para el cual esté siendo propuesto, o para cualquier posición pública o cuasi pública que busque o para la cual esté siendo propuesto”. Samuel D. WARREN and Louis D. BRANDEIS (1890), ob. cit., nota 270, p. 214-216.

³³⁵ Samuel SOOPER, “*The First Amendment Privilege and Public Disclosure of Private Facts*”, *Catholic University Law Review*, Vol. 25 (1976), p. 271.

³³⁶ Ya la jurisprudencia norteamericana había ido manifestando una posición en este sentido, como puede verse al menos desde *Moser v. Press Publishing Co.* (1908) (109 N.Y.S. 963, 965), donde se negó la pretensión de un sujeto cuyas imágenes habían sido utilizadas sin su consentimiento con fines comerciales (acompañada de información supuestamente falsa). El TS de Nueva York afirmaba que “si bajo esta ley la publicación de un retrato puede ser prohibida en un periódico, la publicación de un nombre también podría serlo”. En *Humiston v. Universal Film Manufacturing Co.* (1919), la abogada Grace Humiston demandó por su figuración en una película sobre sucesos de actualidad. Frente a ello, el TSA señaló que ni ello, ni el carácter comercial del film quitaban a lo difundido el carácter de información noticiosa. Algo similar había ocurrido en el caso *Pavesich v. New England Mutual Life Insurance Co.* (1905).

El elemento central de esta evolución jurisprudencial fue el cambio en la forma de abordar el contenido de la información de interés público. En lo sustancial, la jurisprudencia y la doctrina fueron abandonando las fórmulas objetivas para dar primacía a una lógica más subjetiva, donde el ámbito protegido estará antes determinado por las necesidades siempre diversas de cada miembro del público³³⁷ que por una norma abstracta, permanente y externa. De esta forma, la libertad de expresión comenzará a entenderse como el derecho de la audiencia a recibir información valiosa (para ellos), antes que la de los emisores a comunicarla³³⁸.

La consecuencia natural de ello fue la limitación de la discrecionalidad judicial en cuanto a la fijación de límites a lo noticiable, y la extensión de la libertad de expresión a diversos tipos de materias. Paulatinamente, el ámbito de lo estrictamente político fue sobrepasado, quedando protegidas las informaciones relativas a la educación, el espectáculo, la vida de las personas de fama (artistas, deportistas, etc.), llegando incluso a la protección de la publicidad comercial y la pornografía³³⁹.

Esta apertura dio origen al concepto de “noticioso”³⁴⁰, que pronto se identificó con el de “interés público”, o al menos con el de “interés público informativo”, y así ha sido recibido por buena parte del derecho contemporáneo.

Producto de esta ampliación, las personas públicas, que debían soportar con mayor intensidad interferencias en sus derechos justificadas en la libertad de expresión, comenzaron a ser todas aquellas “que por sus logros, fama o modo de vida, o por adoptar una profesión o vocación que da al público un interés legítimo en sus actividades”³⁴¹. Con ello, el propio interés en la persona podía ser la causa del interés público³⁴².

Sin embargo, para comprender adecuadamente las referencias a la jurisprudencia americana, es importante considerar que buena parte del debate sobre el tema de las “figuras públicas” gira en torno a la aplicabilidad de los criterios establecidos en *New York Times v. Sullivan* y *Gertz*³⁴³, que por la vía de exigir “real malicia” en las demandas por difamación referidas a funcionarios públicos, limitó drásticamente

³³⁷ CHAFEE da un paso importante en la “politización” o “institucionalización” de estos derechos al destacar que la Constitución Americana enfatiza más el interés social en el debate cívico que el derecho del individuo a expresarse”, y por lo tanto el descubrimiento de la verdad en asunto de interés público “debe ponderarse en todo conflicto en el que la libertad de expresión se halle presente”. Zechariah CHAFEE, *Free Speech in the United States*, Harvard University Press (1941), p. 31 y ss.

³³⁸ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 390 (1969). En el mismo sentido ver también Marc A. FRANKLIN, “A Constitutional Problem in Privacy Protection: Legal Inhibitions on Reporting of Fact”, *Stanford Law Review*, Vol. 16 (1964), p. 113.

³³⁹ *Restatement of the Law (Second) of Torts*, The American Law Institute (1965), p. 393.

³⁴⁰ El concepto de “noticioso” fue utilizado por primera vez en 1910 para justificar la publicación de la biografía de un ex boxeador preparada por un periódico (*Jeffries v. New York Evening Journal Publishing Co.*, 67 Misc. 570, 124 N.Y.S. 780 (1910)).

³⁴¹ Page KEETON et al., *Page, Prosser and Keeton on the Law of Torts*, West Publishing Co., St. Paul (1984), Cap. 20, párr. 117, p. 860.

³⁴² *Cohen v. Marx*, 94 Cal. App. 2d 704, 211 P. 2d 321 (1949); *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, 118 Cal. App. 2d 191, 238 P. 2d 670 (1951); *Chaplin v. National Broadcasting Co.*, 15 F.R.D. 134, S.D.N.Y. (1953); *Sidis v. F-R Publishing Corp.*, 113 F. 2d 806, 809 (2d Cir).

³⁴³ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) y *Gertz v. Welch*, 418 U.S. 323 (1974).

sus posibilidades de prosperar, ofreciendo de este modo una fuertísima protección a los comunicadores y a los medios informativos.

Esta particular circunstancia (la exigibilidad de real malicia para dar curso a las demandas relativas a funcionarios públicos) ha llevado a que el desarrollo del elemento subjetivo haya tenido en esta tradición un especial desarrollo y utilización por parte de la prensa como defensa.

En el derecho americano la flexibilización del criterio de “funcionario público” ha sido la vía regia para ampliar la protección de la libertad de expresión y otorgar garantías al ejercicio del periodismo. Dicho en otras palabras, lograr la consideración de que una persona pertenece a la categoría de “personaje o figura pública”³⁴⁴ ha sido uno de los mecanismos más efectivos para legitimar lo comunicado y salvar con ello la responsabilidad a editores, periodistas y comunicadores.

Ello explica la creación de figuras como la del “personaje público involuntario”, o la incorporación a esta categoría a una serie de personas como cantantes, deportistas, héroes de guerra, niños prodigio, científicos, criminales, víctimas y tantos otros³⁴⁵.

Sólo la necesidad de construir la argumentación jurídica en torno a esta referencia o criterio jurisprudencial justifica la desmedida atención al estatus de la persona,

³⁴⁴ Al menos desde *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967), el concepto de funcionario público se extendió a la de figura pública, extendiendo significativamente la prueba de real malicia para aceptar demandas por difamación. Sin embargo, la jurisprudencia ha mostrado algunas vacilaciones sobre el particular, debidas en algunos casos a la composición del tribunal y en otros, a la construcción realizada buscando obtener un determinado resultado. Así, por ejemplo, en el caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974), se señaló que un destacado académico y abogado patrocinador de un caso de alta exposición pública no cabía dentro de la categoría de figura pública, lo que facilitó la recepción de la demanda por él interpuesta.

Además, en *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 325-326 (1974), se consideró que “la familia de una víctima de asesinato, cometido por un policía en 1968, contrató al abogado Gertz para obtener indemnización de perjuicios. Ante ello, un medio acusó al abogado de ser un activo dirigente de izquierda que buscaba afectar el prestigio de la policía. El TSA consideró que dichas expresiones no estaban protegidas, y que el abogado, pese a su propia fama precedente y a la polémica despertada por el caso, no era un funcionario público (no detentaba ningún cargo público con remuneración y nunca se comunicó con la prensa sobre el caso, lo que mostraba un ánimo de mantenerse alejado de la publicidad), por lo que no podían serle aplicados los estándares del caso *New York Times*. Además, el TSA estimó que el editor fue negligente en la verificación de los hechos. Este fallo ha sido muy criticado, por la inconsistencia con otros fallos (*Curtis v. Butts*, etc.)”.

Un criterio opuesto fue utilizado por la Corte Suprema de Noruega en el caso analizado que posteriormente fuese analizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Nilsen and Johnsen v. Noruega*, donde se rechazó que la participación de un académico en el debate público a través de una publicación académica ameritara una protección diferente a la de otros actores públicos en caso de difamación la cita de esta sentencia, así como de la opinión concurrente del juez Bugge, en CEDH N° 23118/93, *Nilsen y Johnsen v. Noruega*, de 25 de Noviembre 1999, párrafo 28.

Por ello el juez WARREN había criticado la falta de fundamento y de lógica con la que había sido construida la diferencia entre figuras públicas y privadas (*Curtis Publishing Co. v. Butts* 388 U.S. 130, 154, 163 (1967)).

³⁴⁵ Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS, “Notas Críticas a la Figura del Personaje Público como Criterio Legitimador para la Intromisión en la Vida Privada de las Personas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 3, No. 2 (2005), p. 169.

pero por lo mismo, no resulta extrapolable a las tradiciones de raigambre europea, donde los elementos de legitimidad de la información protegida son otros (interés público de la información, inconveniencia o falta de proporción y necesidad de las medidas restrictivas en una sociedad democrática, etc.).

En las páginas que siguen intentaremos despejar las confusiones que estos criterios han contribuido a difundir. El principal de ellos, a nuestro juicio, ha implicado la extensión de la protección constitucional a materias que sólo hubiese merecido una simple protección legal (y por lo mismo, más dúctil a la regulación y menos fuerte en un juego de balances), y a la utilización de un criterio rígido y sólo indiciario (el estatus de la persona) como factor legitimador de una serie de expresiones capaces de afectar derechos constitucionalmente protegidos.

b.- Distinciones realizadas por el Tribunal Constitucional en relación a la persona

En España, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el factor de interés público puede estar dado tanto por razón de la materia como de la persona³⁴⁶, recogiendo en forma matizada, el desarrollo dado al factor personal en el derecho norteamericano³⁴⁷.

En este esfuerzo, el Tribunal Constitucional ha identificado en el elemento “público” un ámbito de la vida social que puede permitir una mayor publicidad relativa a las personas que en él se desenvuelven. Sin embargo, no ha querido trazar una línea divisoria clara entre las diferentes categorías que podrían construirse en torno a este elemento. A nuestro entender, ambas opciones han sido acertadas.

En sus diferentes fallos, es posible encontrar menciones poco específicas e indefinidas a “personajes públicos”, a “funcionarios públicos”, a quienes están “dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública”³⁴⁸, a las “personas que, por razón de su actividad profesional (...) son conocidas por la mayoría de la sociedad”³⁴⁹, a las “personas de notoriedad pública”, quienes exponen con frecuencia “sus vidas y actos en los medios de comunicación”³⁵⁰, a las personas de

³⁴⁶ STC 107/1988, FJ 2. En el mismo sentido, STC 154/1999, FJ 4; STC 171/1990, FJ 5; STC 197/1991, FJ 2; STC 320/1994, FJ 3; STC 138/1996, FJ 3; STC 197/1991, FJ 2. Manuel MEDINA GUERRERO, *“La Protección Constitucional de la Intimidad frente a los Medios de Comunicación”*, Tirant Lo Blanch (2005), p. 142. Asimismo, en las STC 172/90, FJ 2; STC 320/94, FJ 3; STC 138/96, FJ 3; STC 154/99, FJ 4, entre otras. Con todo, el primer antecedente se encuentra en la STC 107/1988, FJ 2 que señala que el valor preponderante de las libertades de expresión e información ha de ser protegido cuando éstas “se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen”.

³⁴⁷ Lo mismo puede observarse en muchos otros países europeos y en la propia jurisprudencia del TEDH.

³⁴⁸ STC 171/1990, FJ 5.

³⁴⁹ STC 197/1991, FJ 4.

³⁵⁰ STC 83/2002, FJ 5, en que señala al mismo como aquel que por su frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional”, pueden ser considerados por lo que cabe incluirla en el grupo de aquellos sujetos que por tener a su cargo “la administración del poder público”, asumen por su actividad “un mayor riesgo frente a informaciones que les conciernan”.

proyección pública, generalmente reservado para quienes han destacado en su actividad profesional, pero que no requieren necesariamente de ella para su desempeño profesional (distinguiendo con así, por ejemplo, entre cantantes y científicos y empresarios)³⁵¹, y a las personas que pueden adquirir un carácter público transitorio y circunstancial “al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública”³⁵².

Frente a esta aparente confusión, nos parece relevante destacar algunos criterios y elementos positivos.

En primer lugar, parece razonable no haber asumido en forma acrítica el desarrollo americano, pues como ya hemos señalado, obedece a otra realidad y presenta numerosos problemas operativos. Asimismo, nos parece razonable no haber establecido categorías rígidas o “tipos” de persona, que prontamente serían superados por las exigencias y circunstancias de cada caso concreto.

Segundo, creemos que el Tribunal Constitucional ha acertado al señalar que la relevancia pública de los hechos se extiende a las personas en ellos involucrados, sin importar la condición de los mismos³⁵³, pero destacando también que la afectación de sus derechos será diferente, según sea la forma en que ellos participan de la vida social, y de los acontecimientos y las materias a que sus actos se refieran. Naturalmente, aquellas personas cuyas acciones puedan impactar con más fuerza en la vida social, deberán soportar un escrutinio mayor, así como una intromisión más intensa en su vida y en sus derechos³⁵⁴.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que lo que justifica la publicidad no es la curiosidad de la audiencia, sino la capacidad que dichas informaciones podrían tener en la formación de la opinión pública³⁵⁵, o del legítimo interés de público en

³⁵¹ STC 197/1991, FJ 4: “Las personas que, por razón de su actividad profesional (...) son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente”.

³⁵² STC 99/2002, FJ 7.

³⁵³ Manuel MEDINA GUERRERO (2005), ob. cit., nota 346, pp. 112-113.

³⁵⁴ El TCE ha señalado, en un caso de corrupción que involucraba a un ex Ministro, que “el criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquella, 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 (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 8; STC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7). En la categoría de “personajes públicos” deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos (STC 148/2001 de 27 de junio, FJ 6). En estos casos, y en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de expresiones formalmente injuriosas o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7)”.

³⁵⁵ STC 154/1999, FJ 4, exige que: “que la información tenga por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los

ellas. Creemos que ambas expresiones podrían entenderse como sinónimas, siempre y cuando reparemos en el especial sentido que podrá tener el condicionante de “legítimo” exigido al interés que pueda tener el público.

De esta forma, pese a las continuas referencias que puedan existir al factor subjetivo, el “elemento decisivo” seguirá siendo “la relevancia pública del hecho divulgado”³⁵⁶. Ella constituye, al final del día, la única causa de legitimación para afectar otros derechos constitucionalmente protegidos³⁵⁷.

i.- Situación en que se encuentran los políticos y funcionarios públicos que ejercen cargos de responsabilidad. Máxima expresión del interés público y de la libertad de información

No cabe duda que la categoría de personas que cuenta con una mayor relación con el interés público informativo es la que se refiere a políticos y funcionarios que ejercen cargos de responsabilidad dentro del aparato del Estado³⁵⁸, sean o no objeto de elección popular³⁵⁹. Cabe señalar que para cierta doctrina y jurisprudencia, el concepto de funcionario público debe ser entendido en forma amplia, debiendo incluir a los “empleados gubernamentales que tienen, o parecen

hechos en sí mismo considerados, puedan calificarse como noticiables o susceptibles de difusión, para conocimiento y formación de la opinión pública”. Agrega que ello sucede habitualmente en hechos de relevancia penal. Anteriormente, la STC 107/1988 FJ 2 sostuvo que la libertad de informar alcanza “su máximo nivel de eficacia justificadora (...)” cuando sus titulares se ven envueltos “(...) 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”.

³⁵⁶ STC 197/1991, FJ 2.

³⁵⁷ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada”, Revista de Derecho, Vol. XVII (2004), pp. 155-156.

³⁵⁸ STC 192/1999, FJ 7: “Los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos”.

Cabe destacar que en la sentencia recién aludida, se vincula la condición de “personajes públicos” a “la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos”. Pero como veremos en lo sucesivo, la jurisprudencia y la doctrina también han incluido en esta categoría a otro tipo de personas.

Ver en el mismo sentido, entre otras, las STC 104/1986; STC 85/1992; STC 19/1996; STC 240/1997; y STC 1/1998.

³⁵⁹ El factor relevante debería ser la capacidad de una persona para influir sobre los asuntos públicos o de interés común, por lo que no puede referirse sólo a los electivos. De esta manera, por ejemplo, los jueces y militares pueden ser objeto de críticas, aunque sometida a sus propias circunstancias y limitaciones. En el derecho norteamericano, un caso interesante en este sentido es *Rosenblatt v. Baer* (1966), donde el TSA ampara las críticas contra el director de un Centro de esquí de propiedad pública. Por ello, WARREN y BRANDEIS eran claros al señalar que “los asuntos cuya publicación deberían ser suprimidas pueden ser descritas como aquellos que conciernen a la vida privada, hábitos, actos y relaciones de un individuo y que no poseen conexión legítima con su aptitud para ejercer un cargo público que pretende o para el cual ha sido propuesto” (Samuel D. WARREN and Louis D. BRANDEIS (1890), ob. cit., nota 270, p. 216).

tener para el público, responsabilidad principal o control sobre la conducta de los asuntos gubernamentales”³⁶⁰.

Las personas que se encuentren en esta situación no sólo la han asumido voluntariamente, sino que ejercen un poder que corresponde a la comunidad, la que tiene el derecho y la obligación de observarlos y fiscalizarlos³⁶¹.

Como consecuencia de lo anterior, las personas que se encuentren dentro de esta categoría deberán soportar las afectaciones que deriven de la actividad informativa. En este tipo de personas, el interés público presente en sus actuaciones es tan marcado, que resulta incluso difícil imaginar situaciones donde los derechos personales puedan imponerse por sobre la libertad de información (sería más fácil imaginar situaciones donde un interés público relevante se imponga, pero aún estas situaciones serían escasas, además de extremas). En ellos, el elemento material prácticamente puede ser confundido con el elemento subjetivo.

³⁶⁰ *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75, 76 (1966), referido a un ex administrador de un Centro de Ski de propiedad fiscal, acusado de malos manejos financieros. El TSA señaló que algunas personas que no son funcionarios públicos, pero que gozan de una posición social de alto perfil público, debían ser considerados como personajes públicos, pues a pesar de no ocupar un cargo público “están íntimamente involucrados en la resolución de importantes cuestiones públicas o, con motivo de su fama, moldean sucesos en áreas de interés para la sociedad”. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 154, 164 (1967). Este caso hace referencia a dos asuntos: *Curtis Publishing Co. v. Butts*, y *Associated Press v. Walker*, ambos referidos a situaciones similares. El primero de ellos era un dirigente deportivo acusado de haber arreglado un partido, mientras el segundo era un agente de noticias al que se le imputaba haber dificultado una matrícula universitaria. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S., 130, 162, 164: “Nuestra ciudadanía tiene un legítimo y sustancial interés en la conducta de tales personas, y la libertad de la prensa para tomar parte en un debate desinhibido acerca de su participación en asuntos y eventos públicos es tan crucial como lo es en el caso de los funcionarios públicos”, pues se trata de aquellas personas “cuyas visiones y acciones con respecto a los asuntos y sucesos públicos resultan, a menudo, de tanto interés para los ciudadanos como las actitudes y conductas de los “funcionarios públicos” con relación a los mismos asuntos y sucesos”.

³⁶¹ STC 192/1999, FJ 7: “quienes tienen atribuida la administración del poder público son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) C.E., a saber, cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En esos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 C.E”. Pero acto seguido precisa: “Por el contrario, fuera de estos casos, y cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el cargo público, es evidente que ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera, que podrá esgrimir judicialmente su derecho al honor, a la intimidad a la propia imagen. Con ello no se está diciendo que el personaje público carezca de protección constitucional frente a los injustificados ataques a su honor, a su intimidad personal o familiar o a su propia imagen. Como cualquier otro ciudadano, goza de la protección que a estos efectos le dispensa el art. 18.1 C.E. y, naturalmente, podrá hacer valer sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a aquellas opiniones o informaciones que considere lesivas de los mismos”. “Es doctrina reiterada de este Tribunal que los denominados “personajes públicos”, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades públicas, deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública, y, en consecuencia, a que no solo se divulgue información sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos”. Volveremos sobre este punto más adelante.

Cuando nos enfrentamos a la información relacionada con esta categoría de personas, es necesario resaltar el hecho de que muchas veces, los aspectos que serán más relevantes para la formación y conocimiento de la opinión pública estarán relacionados con los aspectos más reservados de su vida³⁶², en cuanto ellos son los que generalmente más interesan a la ciudadanía.

Este tipo de información no sólo debe asimilarse a una curiosidad malsana (que por cierto puede existir), ya que transmiten información de relevancia a la hora de evaluar la aptitud política y confiabilidad de una persona, lo que muchas veces será un criterio principal a la hora de decidir el voto³⁶³. En otras palabras, muchos aspectos subjetivos y pertenecientes al ámbito de la vida privada de una persona (hábitos, estilos de trato y de relación, amistades, conductas, gustos, vicios, carácter, preferencias de cualquier tipo, entre otros) serán considerados por la ciudadanía y la opinión pública como indiciarios de otros atributos que sí son relevantes a la hora de gobernar o participar en la vida pública, por lo que merecen el máximo grado de protección³⁶⁴.

Por ello, el Tribunal Constitucional, que ha venido señalando que “los denominados personajes públicos (...) deben soportar (...) el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no solo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, *siempre que tengan una relación directa y evidente con el desempeño de los cargos* (el subrayado es nuestro)”³⁶⁵.

La sentencia recientemente citada muestra una posición bastante asentada y refleja, en su frase final, un elemento condicionante, que limita la protección de la información relativa a esta categoría de personas sólo a aquella que se relacione con la capacidad para desempeñar un determinado cargo.

De esta manera, al distinguir la publicidad que puede afectar a quien tiene “atribuida la administración del poder público” (personajes públicos puros), de

³⁶² *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974); CEDH N° 38432/97, *Thoma v. Luxemburgo*, de 29 Marzo de 2001, párrafo 47; CEDH N° 37698/97, *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, de 20 de Septiembre 2000, párrafo 30, punto ii; *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966). El affaire Mónica Lewinsky se vincula en parte a esta temática.

En España han seguido el mismo criterio, entre otras, STC 165/1987; STC 171/1990, FJ 5; STC 172/1990, FJ 2; y STC 83/2002, FJ 5. El criterio fue severamente criticado por la sentencia del caso *Rosenbloom v. Metromedia, Inc* (1971) que decía que “la idea de que ciertas figuras públicas han expuesto voluntariamente sus vidas enteras al examen público, mientras los individuos privados han mantenido las suyas cuidadosamente ocultas al ojo público, es, en el mejor de los casos, una ficción jurídica”, agregando que “en cualquier caso tal distinción podría fácilmente producir el paradójico resultado de diluir la discusión de asuntos de interés público – por estar involucrados ciudadanos privados – mientras otorgaría incentivo constitucional a la discusión de aspectos de las vidas de las figuras públicas que no se encuentran en el ámbito de interés público”. *Rosenbloom v. Metromedia, Inc*, 403 U.S. 29, 48. (1971).

³⁶³ Marc CARRILLO (2003), ob. cit., nota 261, pp. 84-85.

³⁶⁴ Eric BARENDT (1985), ob. cit., nota 28, p. 190.

³⁶⁵ STC 192/1999, FJ 7. En la jurisprudencia citada pareciera notarse una identificación entre el concepto de figura pública y la actividad política, lo que parece más cuestionable o requiere, al menos, de un mayor desarrollo y clarificación. De acuerdo a la comprensión general dada mayoritariamente a estas materias, pareciera más adecuado entender la expresión “cargo” en forma amplia y no sólo limitada a la vida política, incluyendo en él a cualquier “cargo o rol social de interés general”, ya sea este público o privado.

aquella que recae sobre quienes exponen voluntariamente al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular, el Tribunal Constitucional no hace sino recordar que lo que justifica la restricción de un derecho constitucional sólo puede ser “un interés legítimo garantizado por el derecho...a saber cómo se ejerce aquel poder”³⁶⁶, demostrando que la justificación es plena en el primer caso, y mucho más débil en el segundo (aunque aceptemos que en alguna medida ellos detentan un poder o una especie de poder, frente a la opinión pública).

Por tanto, también estarán cubiertas por esta protección las investigaciones que se realicen sobre esta categoría de personas por medios legítimos, así como la publicación de las realizadas por medios ilegítimos, sin perjuicio de hacer efectivas las responsabilidades que a dicha indagación se vinculen.

Esta posición podría llevar a un empequeñecimiento excesivo de los derechos de este tipo de personas, lo que podría incluso desincentivar la participación política. Por ello, para que el juicio de balanceo no signifique la completa anulación de los derechos personales de quienes participan de la vida pública, se ha sostenido que incluso para estas personas existe un ámbito invulnerable a la opinión pública, garantizada por el “contenido esencial”³⁶⁷.

i.i.- Criterios aportados por el derecho americano respecto del margen de protección de los funcionarios públicos

Sabemos que la libertad de información en ningún caso puede entenderse como una libertad absoluta para afectar los derechos de los demás, ni aún en caso que ellos sean políticos, funcionarios públicos o figuras de relevancia social. Dado que la lógica de los derechos no nos ofrece ningún criterio específico para determinar los márgenes de esta protección (salvo la obligación impuesta de respetar el contenido esencial de todos los derechos), la jurisprudencia ha creado y utilizado diferentes criterios, que luego han sido replicados y adoptados en otros ordenamientos.

a.- New York Times Co. v. Sullivan

Uno de ellos, proviene de la sentencia emitida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso “*New York Times Co. v. Sullivan*”³⁶⁸, una de las más relevantes, influyentes y citadas en estas materias.

Ella estableció los siguientes criterios:

1.- La crítica de la conducta oficial no pierde su protección constitucional por el hecho de afectar la reputación de las personas a quienes se dirige.

³⁶⁶ STC 192/1999, FJ 7.

³⁶⁷ En la jurisprudencia norteamericana es posible encontrar casos donde este mínimo no se reconoce, dándose total protección a cualquier información sobre este tipo de personas. *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971).

³⁶⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Un criterio diferente se observa en el caso *Nilsen and Johnsen v. Norway* (CEDH N° 23118/93, *Nilsen and Johnsen v. Noruega*, de 25 de Noviembre 1999), relativa a dos funcionarios policiales y dirigentes gremiales de su sector.

2.- Las expresiones falsas, erróneas, inútiles y molestas son inevitables en un debate libre y deben ser objeto de protección constitucional³⁶⁹.

3.- Las demandas, civiles o penales, pueden generar un efecto restrictivo en materia de expresión, por lo que sólo deben admitirse aquellas que prueben la existencia de "mala intención" (*real malice*)³⁷⁰.

b.- Gertz v. Robert Welch, Inc.

Otra jurisprudencia que ha tenido una influencia significativa a la hora de determinar los márgenes de afectación de los derechos de quienes se exponen voluntariamente a la observación y crítica pública ha sido la emanada del caso *Gertz v. Robert Welch Inc.*³⁷¹.

El principal criterio ofrecido por ella establece que las personas públicas gozan, en general, de un acceso privilegiado a los medios de comunicación³⁷², por lo cual no necesitan ayuda externa para aclarar o refutar aquellos comentarios o informaciones que los afecten³⁷³. Además, estas personas generalmente han asumido en forma voluntaria el riesgo de un mayor escrutinio y crítica³⁷⁴. Las personas privadas, en cambio, deben recibir de parte del ordenamiento jurídico un apoyo mayor³⁷⁵. Este se refleja, entre otras cosas, en la utilización del criterio de "real malicia" en las acusaciones de difamación³⁷⁶.

Se ha criticado este criterio por varias razones. En primer lugar, porque la capacidad de respuesta, o el derecho a réplica garantizado en forma general a todas las personas, no siempre será capaz de contrarrestar una acusación falsa o

³⁶⁹ En el TSA ha habido voces partidarias de restringir esta inmunidad a la libertad de expresión, considerando el daño que pueden hacer a funcionarios y otro tipo de personas al ser acusados en forma temeraria de situaciones graves (delitos, etc.). Ver al respecto opinión del Juez Fortas, disidente en *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

³⁷⁰ Tanto en España como en América Latina, una parte de la doctrina ha traducido literalmente la expresión Real Malice como "real malicia", o "malicia real". Véase, por ejemplo, Rafael SARAZA JIMENA (1995), ob. cit., nota 275, p. 281. También, el Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-1999, Washington, (2000), Vol. III, p. 21. Además, Eduardo Andrés BERTONI, "*New York Times vs. Sullivan y la Malicia Real de la Doctrina*", Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo X, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (2000), p. 121 y ss.; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, "*La Libertad de Prensa y la Doctrina Jurisprudencial Norteamericana de la Actual Malice*", Campus, Buenos Aires, Año IV, No. XVI (1997), p. 5 y ss. En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Amparo Constitucional de *Elías Santana v. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*, Sentencia del 12 de junio de 2001.

³⁷¹ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

³⁷² En otro caso, el juez HARLAN señaló que la capacidad de acceder a la prensa era un indicio del carácter público de una persona. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 155.

³⁷³ *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 155, 164 (1967); *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 344 (1974); y en STC 192/1999, FJ 7.

³⁷⁴ También acepta la hipotética posibilidad de que existan personas que se vuelvan en figuras públicas en forma involuntaria, por verse envueltos en hechos de alto interés público.

³⁷⁵ Por ejemplo, ello podría traducirse en una concesión más amplia del derecho a réplica, o en la necesidad de probar sólo la falsedad, y no la malicia, como correspondería a una figura pública. STC 192/1999, FJ 7 Ver en el mismo sentido, entre otras, las STC 104/1986; STC 85/1992; STC 19/1996; STC 240/1997; y STC 1/1998.

³⁷⁶ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 342-343 (1974).

difamatoria, dejando subsistiendo al menos la sospecha. Por otro lado, ni aún en el caso de los personajes públicos puede garantizarse que la prensa, haciendo libre y legítimo uso de sus facultades editoriales, recoja los descargos de los afectados (aunque parece evidente que los personajes públicos tendrán, en general, mayor acceso a los medios)³⁷⁷. Por ello, a la hora de resolver un conflicto específico, este criterio auxiliar debe considerarse en forma contingente y no absoluta.

Este criterio ha sido recogido parcialmente por el Tribunal Constitucional³⁷⁸.

ii.- Funcionarios públicos con cargos de responsabilidad menores

Es necesario distinguir de la categoría anterior, en la que se encuentran los políticos y funcionarios públicos relevantes, a los funcionarios públicos menores, que desempeñan un trabajo administrativo, bajo supervisión interna, y sometidos a las reglas propias del estatuto funcionario, cuyos actos y vida privada, en general, no deben estar sujetos a la misma cobertura informativa, ya que rara vez serán protagonistas de situaciones de interés general.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado, por ejemplo, que la actuación de una profesora era susceptible de crítica pública amplia, por tratarse de un funcionario público que se encuentra en el ejercicio de su actividad profesional. Ello la haría “susceptible de ser sometida a la crítica y evaluación ajenas, únicas formas en ocasiones de calibrar la valía de esa actividad, sin que tal cosa suponga el enjuiciamiento de la persona que la desempeña y, en consecuencia, de su honorabilidad”³⁷⁹.

iii.- Personas públicas no políticas. La fama personal y su vínculo con el interés público y la libertad de información

Al hablar de figuras públicas o “conocidas” en la vida contemporánea podemos estarnos refiriendo a una serie de situaciones diferentes, pues la posibilidad de

³⁷⁷ El juez BRENNAN, en su opinión disidente en el caso *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29, 46 (1971), aplicando la doctrina Gertz, señaló que: “mientras el argumento de que las figuras públicas necesitan de menor protección dado que pueden convocar la atención de la prensa para contrarrestar la crítica puede ser cierta para alguna gente muy prominente, aún entonces es raro el caso en que el desmentido supere a la acusación original. Los desmentidos, retractaciones y correcciones no constituyen “noticias” y en contadas ocasiones recibe la importancia de la historia original (...) la capacidad de responder a través de la prensa dependerá de los mismos y complejos factores de los cuales depende la capacidad de respuesta de una persona privada: la circunstancia impredecible de que la prensa siga interesada en la historia”. Aplicado en *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 363 (1974).

³⁷⁸ STC 192/1999, FJ 7: “Los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular”. Cita las STC 104/1986; STC 85/1992; STC 19/1996; STC 240/1997; y STC 1/1998.

³⁷⁹ STC 174/2006, FJ 6, en relación a la STC 151/2004, FJ 8. Sin duda alguna la función de educar es de gran relevancia y de interés colectivo, pero no parece que pueda equipararse a la de un político o funcionario público relevante.

tener un rol destacado e influyente no depende necesariamente de detentar un cargo público, ni de participar en forma protagónica de la actividad política.

Hay muchas figuras que por su investidura, autoridad, logros, prestigio, talento, por señalar sólo algunos elementos, tienen un liderazgo significativo dentro de la comunidad y son referentes en la formación de opinión. Es el caso, por ejemplo, de muchos líderes espirituales, artistas, intelectuales, deportistas, comunicadores sociales, entre otros.

Podría considerarse que en muchos de estos casos es legítimo que exista un interés público en sus vidas, pensamientos y actividades³⁸⁰.

La intensidad de esta protección, sin embargo, podrá admitir variantes y grados, los que dependerán de muchos factores, entre los que destacan su capacidad para afectar el bienestar colectivo y el modo en que ellos realicen aportes reales y concretos al debate político³⁸¹. La posibilidad de informar sobre sus actos y sus vidas bajo amparo constitucional será proporcional a esta variable³⁸².

Por lo mismo, se han utilizado categorías especiales y diferenciadas a las de los políticos o funcionarios públicos, como por ejemplo las de “figuras públicas que no son funcionarios públicos”³⁸³ o “personas de proyección pública”³⁸⁴. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia parece haber logrado consensuar un lenguaje uniforme en estas materias. Producto de ello, la solución deberá construirse caso a caso, siguiendo una lógica ponderativa.

Aunque podríamos aventurar, como regla general, que la relación de estas personas con el “interés público” en general será inferior que la de los políticos y funcionarios relevantes, lo que habitualmente merecerán una protección mayor.

En segundo lugar, es necesario referirnos a otra categoría de personas, que puede o no coincidir, total o parcialmente, con las categorías mencionadas, y que se relaciona con aquellos casos donde la razón justificante de la publicación será la aceptación que las personas involucradas han hecho a la publicidad sobre su vida³⁸⁵.

Este argumento corre de igual forma para todo tipo de personajes públicos, y puede llegar a tener una gran capacidad legitimadora. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional al señalar que “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública, aceptan voluntariamente el riesgo de

³⁸⁰ Si hay un interés público comprometido, puede exigirse a determinadas personas que soporten ciertas restricciones en otros derechos (STC 20/1992, FJ 3).

³⁸¹ En muchos de estos casos, se hace obligatorio reconocer que el vínculo del interés general con la simple curiosidad puede ser alto.

³⁸² STC 165/87, FJ 10: las personalidades públicas “al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos a la personalidad”.

³⁸³ Este criterio ha sido originado en la jurisprudencia Americana en *Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products, Inc.*, 694 F.2d 674, 677 (11 Cir. 1983).

³⁸⁴ El Tribunal Supremo ha establecido la proyección pública como “aquellas cuya profesión u oficio tiene por destino al público, como los actores de cine (STS 24 de abril del 2000).

³⁸⁵ WARREN y BRANDEIS señalaban que la medida de la desprotección de la privacidad de una persona debía ser proporcional a la renuncia que de ella hubiesen hecho sus titulares, pudiendo incluso llegar a desaparecer (Samuel D. WARREN and Louis D. BRANDEIS (1890), ob. cit., nota 270, p. 215). Otro criterio que podrá ser de utilidad será el beneficio que las personas obtengan de esta fama, y la intensidad con que la han buscado o rehuido.

que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos”³⁸⁶.

Finalmente, y en consistencia con lo señalado, la jurisprudencia ha distinguido entre el interés público y el interés comercial que exista detrás de una publicación relativa a personas de proyección pública³⁸⁷.

iv.- Un caso de especial interés: las personas privadas involucradas involuntariamente en hechos de interés público

A diferencia de todos los casos antes referidos, existe una categoría de personas que pueden ser objeto del debate y conocimiento público, sin que hayan dado su consentimiento para ello. Muchas veces han sido llamadas “figuras públicas involuntarias” o “transitorias”³⁸⁸, pero consideramos que esta nomenclatura se presta a equívocos, dado que lo que permite la divulgación de la información a ellos relativa sólo se funda en el asunto o materia, y además, debe limitarse al mismo. En caso contrario, todos los autores de delitos podrían llegar a ser figuras públicas³⁸⁹. Mucho más adecuada parece la expresión “*false light*”³⁹⁰.

En el derecho comparado, el caso más comentado sobre esta materia es el *Time, Inc. v. Hill* (1967)³⁹¹ y que afectó a una familia de Pennsylvania tomada como rehén en 1952, y que años más tarde, fue objeto de una novela de ficción parcial que fue

³⁸⁶ STC 171/1990, FJ 5. Replicado en la STC 171/1990, FJ 2; y STC 83/2002, FJ 5; en parecido sentido, las STC 172/1990, FJ 5; y STC 232/1993, FJ 4.

³⁸⁷ El Tribunal Supremo, en su sentencia del 18/10/2004, relativo a la utilización de fotografías con fines publicitarios de una modelo (Elvira), señaló que la “profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto de tal clase o en lugares abiertos al público, únicamente se legitima dicha captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de fines publicitarios o comerciales y no predomina un interés histórico, científico o cultural relevante, un imperativo de interés público, lo que no subyace en el mero interés crematístico de la reproducción sin consentimiento de una modelo publicitaria que obtiene de su imagen el medio de vida”.

³⁸⁸ Santiago MUÑOZ MACHADO, “*Libertad de Prensa y Procesos por Difamación*”, Ariel, Barcelona (1988), p. 108 y ss.

³⁸⁹ En *Wolston v. Reader's Digest Association, Inc.*, 443 U.S. 157 (1979), se decía que “una persona privada no se transforma automáticamente en una figura pública sólo por verse involucrada en un asunto que atrae atención pública o que resulta asociado con tal atracción pública”, por lo que se dejará de utilizar este criterio. El TSA ya había tenido una postura diferente en el caso *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29, 32, 34 (1971), que afectó a una persona que había sido acusado y luego absuelta de cargos de distribución de material obsceno, pese a lo cual fue objeto de publicaciones que lo perjudicaban (emisora radial). El TSA estimó que el afectado era una figura privada, pese a haberse visto envuelto en estos hechos.

³⁹⁰ Diane L. ZIMMERMAN, “*False Light Invasion of Privacy: The Light That Failed*”, 64 New York University Law Review 364 (1989), p. 383.

³⁹¹ *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967).

posteriormente llevada a Broadway. Ante el éxito de la misma, ante la revista *“Life”* publicó un artículo haciendo referencia a la situación vivida por la familia Hill. En las instancias estatales, los afectados obtuvieron sentencias favorables, justificadas en las inexactitudes de la nota y el interés comercial de la revista (elemento considerado por la ley estatal de Nueva York). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por el contrario, señaló que el reportaje se encontraba protegido por la primera enmienda, pues “el estreno de una obra teatral vinculada con un incidente real, es un asunto de interés público”³⁹².

El Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que este tipo de personas existan, justificando que estas particulares circunstancias les harían merecedoras de un tratamiento diferenciado respecto de la protección de sus derechos³⁹³.

c.- Ventajas y desventajas de la utilización del criterio subjetivo para determinar el interés público de una información

i.- Ventajas del uso del criterio subjetivo

El principal beneficio de la utilización del criterio subjetivo es el haber permitido disponer a los intérpretes y operadores jurídicos de una herramienta sencilla y útil para determinar, en forma altamente probable y anticipada, más nunca definitiva, el carácter noticiable de una información.

La utilización de este criterio ha permitido a la jurisprudencia y a la doctrina construir categorías que reducen los márgenes de imprecisión, ajustándolo mejor a cada realidad. De este modo, se ha señalado la existencia de diversos tipos de “figuras públicas”, a quienes corresponde niveles o grados de protección diversos³⁹⁴.

³⁹² *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 388. El juez Harlan señaló, en su voto parcialmente disidente, que resultaba muy difícil para el demandante probar la real malicia, sobretodo atendiendo que se trataba de una ficción y de hechos sucedidos varios años atrás, por lo que este criterio podía redundar un excesivo poder de la prensa frente a los errores cometidos.

³⁹³ “El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública de la información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos”. STC 171/1990, FJ 5; replicado en la STC 83/2002, FJ 5.

³⁹⁴ El Tribunal Constitucional parece oscilar en el tratamiento de estas figuras utilizando y superponiendo diferentes expresiones, como por ejemplo “personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública”, personajes “circunstancialmente involucrados en asuntos de trascendencia pública”, personajes “de notoriedad pública”, personas “de proyección pública”, personas que, por razón de su actividad profesional (...), son conocidas por la mayoría de la sociedad”, personas que “difunden hechos y acontecimientos de su vida privada”. Ver, por

Sólo desde esta perspectiva es posible comprender la inclusión dentro de la categoría de “personas públicas” a una serie de personas aparentemente alejadas de aquello que justifica y funda la especial protección de la información. Estas categorías diversas de personajes públicos, permiten justificar que sus actos pueden ser de interés, aunque sometidos a grados de protección diferentes, donde el máximo grado de protección estará relacionado con la difusión de asuntos de interés común en un sentido más propio o “madisoniano” del término³⁹⁵.

ii.- Riesgos y elementos potencialmente perjudiciales vinculados a la utilización del factor subjetivo.

La utilización acrítica y simplificada del factor subjetivo como elemento legitimador de ciertas comunicaciones ha sido objeto de numerosas críticas.

La principal de ellas, apunta a su utilidad y pertinencia para contribuir a identificar aquello que debe ser cubierto por la garantía de la libertad de información y que no es otra cosa que los asuntos de interés público legítimo.

De hecho, si lo relevante es promover un debate vigoroso sobre asuntos de interés público, la condición de las personas que participen de los mismos pareciera ser irrelevante³⁹⁶. De hecho, no toda información relativa a un funcionario público tendrá relevancia social (en sí misma y en relación con su cargo), y por el contrario, habrá actividades privadas que si tendrán esta cualificación. Por ello, podría imaginarse un sistema donde el elemento “subjetivo” estuviera ausente, o sólo participara a la hora de graduar las intromisiones que debieran someterse.

Tal como lo ha expresado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Rosenbloom v. Metromedia, Inc* (1971), “si una materia es objeto de interés público o general, no puede repentinamente transformarse en algo menor simplemente porque un individuo privado está involucrado, o debido a que en algún sentido el sujeto no eligió “voluntariamente involucrarse”³⁹⁷. Por tanto, la libertad de expresión debe extenderse “a toda discusión y comunicación que involucre

ejemplo, STC 197/1991, FJ 2 y FJ 4; STC 134/1999, FJ 7; STC 83/2002, FJ 5; y STC 99/2002, FJ 7.

³⁹⁵ Es decir, sería un criterio diferenciador y no unificador. Desgraciadamente, ello ha generado una gran confusión en la doctrina, como puede verse en CREMADES cuando afirma que “las llamadas personas públicas, esto es, personas de las que el público conoce, inevitablemente soportan un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por la difusión de opiniones o informaciones de interés general. Javier CREMADES (1995), ob. cit., nota 59, p. 183.

Alguna normativa ha recogido también este lenguaje. Por ejemplo, el artículo 8.2 de la ley orgánica 1/82 señala que el derecho a la propia imagen no impedirá “su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”.

³⁹⁶ *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29, 43-44 (1971). Previamente, el juez WARREN había criticado la falta de fundamento y de lógica con la que había sido construida la diferencia entre figuras públicas y privadas. *Curtis Publishing Co. v. Butts*, (1967) 388 U.S. 162-163, (Voto concurrente del Juez Warren).

³⁹⁷ *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29, 34 (1971).

materias de interés pública o general, sin consideración a si las personas afectadas son famosas o anónimas”³⁹⁸.

El mayor riesgo que esta situación encierra no sólo es de corrección doctrinaria, sino operativa, pues su uso inadecuado permitiría extender la protección de la libertad de información a ciertas situaciones que no deben encontrarse protegidas, así como negarlos en otros casos en que sí debiese haber protección, generando una serie de daños en otros derechos.

No menos importante es el hecho que la utilización de este criterio puede dejar relegado a una posición secundaria el hecho de que lo sustancial de una información protegida constitucionalmente sigue siendo el interés público intrínseco de lo comunicado, así como su capacidad para contribuir a la formación de la opinión pública en materias de legítimo interés de la comunidad, frente a lo cual el factor subjetivo o de estatus sólo debiera prestar una función instrumental, indiciaria, más no definitiva³⁹⁹.

Finalmente, el criterio subjetivo ofrece la dificultad de determinar aquello que hace que una persona sea o no “pública” o digna de informaciones, sobre todo cuando ello facilita la vulneración de algunos de sus derechos constitucionales (privacidad, honra, etc.)⁴⁰⁰.

En *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, (1971), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos señalaba que “(...) la idea de que ciertas figuras han expuesto voluntariamente sus vidas enteras al examen público, mientras otros las han mantenido ocultas al ojo público es, en el mejor de los casos, una ficción jurídica. Además, tal distinción podría fácilmente producir el paradójico resultado de tergiversar la discusión sobre asuntos de interés público por estar involucrados en ellos ciudadanos privados, incentivando la discusión de aspectos de las vidas de personas que no se encuentran en el ámbito de interés público o general”⁴⁰¹.

Adicionalmente, es poco claro el aporte que el elemento subjetivo pueda hacer a la determinación de la información constitucionalmente protegida, salvo en el caso de los políticos y funcionarios públicos relevantes, ya que en ellos todo tipo de información puede ser relevante, y por lo mismo, comunicada. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado la dificultad de realizar distinciones entre el debate político y el debate sobre asuntos de interés público⁴⁰².

Finalmente, podemos agregar un elemento de distinto orden: el principio de igualdad y el deber del Estado de proteger los derechos de todos en forma igualitaria. Este argumento hace especial sentido respecto de personas que han adquirido notoriedad y fama en forma involuntaria.

³⁹⁸ *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 43, 44 (1971).

³⁹⁹ La categoría de “personaje público” es sólo un criterio facilitador de la comprensión y aplicación del criterio normativo de “interés público”, por lo que no puede confundirse con este. Entre ambos, hay una relación de medio/fin, por lo que el elemento institucional siempre deberá primar.

⁴⁰⁰ La dificultad para distinguir entre personas de carácter público y privado puede verse a través del desarrollo jurisprudencial español y comparado, pues más allá de los casos evidentes, referidos a políticos, candidatos y funcionarios de gobierno que ejercen cargos de responsabilidad, muchas veces serán otros los factores que legitimen o no la publicidad de ciertos acontecimientos.

⁴⁰¹ *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U.S. 29, 48 (1971).

⁴⁰² CEDH N° 13778/88, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*, de 28 de Mayo de 1992, párrafo 65.

4.2.1.3.- Consecuencias vinculadas a la indeterminación del concepto de “interés público”

La dificultad de determinar en definitiva el carácter de interés público de una información nos lleva a aceptar la idea de que sólo podrán dar una opinión jurídicamente definitiva al respecto los tribunales de justicia, conociendo y analizando las circunstancias propias de cada caso particular (nunca en forma abstracta)⁴⁰³. Ello nos enfrenta a uno de los aspectos más complejos de la materia que tratamos, y del cual se pueden derivar múltiples consecuencias.

a.- Las situaciones que puedan tener un carácter público deben ser analizadas utilizando un criterio amplio

La más evidente es la del tipo de responsabilidades que puedan ser exigidas a quien de buena fe hace pública una información que luego, por decisión judicial, es considerada como no protegida⁴⁰⁴.

Si no queremos vincular la indeterminación del elemento “interés público” a un efecto silenciador (pues busca exactamente lo contrario), es preciso que se aplique un criterio amplio y extensivo, limitando las sanciones extremas a situaciones de dolo y perjuicios significativos y ofreciendo protección en caso de duda (criterio de real malicia). En este punto, debemos recordar que el interés público justifica desde ya equivocaciones y expresiones molestas e injuriosas. En muchas circunstancias, este criterio llevará también a permitir la difusión de informaciones que puedan ser de poco interés, o perjudiciales para otros derechos reconocidos.

b.- Adopción de un criterio de interés público basado en la opinión de la audiencia (criterio descriptivo)

La incertidumbre generada por esta situación y sus potenciales nefastas consecuencias para la institucionalidad democrática y la protección de los derechos fundamentales, ha generado un modelo de explicación del “interés público” fundado en el reconocimiento que la audiencia haga a los hechos noticiosos, presentándose como una alternativa al criterio objetivo o normativo.

Como habíamos señalado en otra parte de este trabajo, frente a las dificultades operativas que ofrece la utilización de criterios normativos a la hora de determinar la condición de “noticiable” o de “interés público” de una información, se ha propuesto una solución alternativa de tipo descriptiva, de gran interés conceptual, y acogida predominantemente en el derecho norteamericano⁴⁰⁵.

⁴⁰³ STC 20/1992, FJ 3: “no debe confundirse la relevancia pública de una determinada información con el carácter noticioso que pueda tener, pues ni son los medios de comunicación los llamados por la C.E. para determinar qué sea o no de relevancia pública (...)”.

⁴⁰⁴ Ello será especialmente problemático en un sistema político que enfatiza que ninguna opinión tiene per sé más legitimidad que otra.

⁴⁰⁵ Cabe señalar, sin embargo, que a diferencia de la Constitución Española, la Constitución de los Estados Unidos no diferencia entre libertad de información y libertad de expresión, ni menciona

Esta posición se funda sobre el argumento de que en un sistema democrático, nadie, ni siquiera los jueces, deberían tener el privilegio para determinar qué informaciones pueden o no estar protegidas, pues de ejercerla en forma errada, aunque sea de buena fe, los efectos serían estructuralmente perniciosos, ofreciendo, adicionalmente, una oportunidad para las intervenciones dirigidas, la discrecionalidad y el abuso⁴⁰⁶.

Por ello, debe dejarse en manos de cada persona, o en la práctica de cada periodista y cada medio de comunicación, la determinación de esta elección.

A ello se suma una razón más profunda: dado que es imposible determinar en forma universal y anticipada qué hechos e informaciones serán finalmente los que contribuyan a la formación de una opinión pública informada, fortalecer el debate público, la capacidad y autonomía de las personas, o si su carencia podría afectar a cualquiera de estos objetivos; y dado que cualquier elemento, por tangencial o indirecto que parezca, podría contribuir a este propósito, simplemente todas las informaciones (salvo casos extremos) deben ser incorporadas a la protección. Luego, será resorte del lector, del público, determinar qué fuentes consulta, que elementos recoge y que valor le asigna a cada uno de los elementos que le son ofrecidos.

Dado que lo que buscamos son indicios objetivos de “noticiabilidad”, el sólo hecho de que una información haya sido recogida y difundida, indicaría de que esta ha parecido al informante valiosa y digna de ser comunicada a algunas personas, lo que en un sistema pluralista y basado en la igualdad de derechos, no podría ser rebatido.

El sólo hecho de que a otra persona le parezca lo contrario (al juez, por ejemplo), no puede dar lugar a señalar que una opinión sea más válida, competente o calificada que la otra, especialmente en una sociedad que debe respetar la posibilidad de plantear múltiples verdades y puntos de vista, sobretodo en el plano informativo.

De esta manera, si alguien ha considerado que algo, por estrambótico que a muchos parezca, es de interés público y merece ser comunicado, deberá otorgarse la protección constitucional, pues cualquier otro criterio amenazaría con dejar fuera del circuito público información que puede ser relevante, aun cuando no forme parte de lo que la opinión general considera como tal.

La jurisprudencia española ha dado lugar a cierta confusión sobre este punto, aunque no puede considerarse que este criterio haya sido acogido. Prueba de ello son las continuas declaraciones del Tribunal Constitucional en que ha sostenido que “no debe confundirse la relevancia pública de una determinada información con el carácter noticioso que pueda tener, pues ni son los medios de comunicación los llamados por la Constitución Española para determinar que sea o no de

límites a su ejercicio, por lo que no han existido las bases de texto para realizar las limitaciones que hemos conocido en España.

⁴⁰⁶ Incluso más: el criterio de un experto, como podría serlo un periodista o un editor, podría ser considerado como un indicador de dicho interés, por lo que el sólo hecho de que una información haya sido seleccionada como noticia y publicada como tal, es un antecedente a favor de su protección, aunque no definitivo.

relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena⁴⁰⁷.

En ocasiones, ha señalado que el interés de la comunidad es lo que da a la información su carácter de “interés público”, aunque cabe precisar que la expresión generalmente utilizada es el “interés legítimo del público”⁴⁰⁸, que como ya hemos señalado, marca una distancia con la simple curiosidad⁴⁰⁹ y lo vincula con la formación de la opinión pública.

4.2.1.4.- Toma de posición

Compartimos con BUSTOS GISBERT el criterio de que no es suficiente para la calificación de un hecho como noticiable el carácter público de la persona incluida. Será necesario, además, considerar el elemento objetivo, es decir, “el carácter público de los hechos de referencia”⁴¹⁰.

Si bien el factor subjetivo puede ser un elemento indiciario relevante del carácter público de la información, por sí sólo resulta del todo insuficiente, debiéndose conectar el contenido de lo transmitido al objetivo institucional protegido por la libertad de información⁴¹¹. La sola referencia al estatus de una persona como criterio legitimador, sólo generará confusiones y situaciones de indebida protección de muchos derechos constitucionalmente consagrados.

Sin perjuicio de ello, es altamente probable que en las actuaciones de determinado tipo de personas (políticos y funcionarios públicos relevantes) concorra un interés público, así como un consentimiento tácito de los mismos en dar publicidad a sus vidas, como también sucede con otro tipo de personas.

⁴⁰⁷ STC 20/1992, FJ 3, reiterada en STC 134/1999, FJ 8.

⁴⁰⁸ STC 197/1991, FJ 2. En este caso, cabe también de que este hecho sea un fuerte indicio de lo mismo. Así, la STC 227/1992, señala en su FJ 5 que: “(...) la información había llegado a poseer relevancia pública, al menos a nivel local o regional, como lo prueba el copioso intercambio de informaciones periodísticas en relación al hecho (...)”.

⁴⁰⁹ STC 197/1991, FJ 3; y STC 20/1992, FJ 3: “el conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad. Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena (...) es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (...)”.

⁴¹⁰ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 279. En el mismo sentido, la STC 197/1991, FJ 4: “Aunque el derecho a la intimidad, como límite a la libertad de información, deba ser interpretado restrictivamente, ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad. 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. Las personas que, por razón de su actividad profesional, como aquí sucede, son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente, como se sostiene en la demanda, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el «riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública”.

⁴¹¹ La segunda sentencia citada, en su parte final, resalta el hecho de que cualquier información que convenga a este propósito debe estar protegida, aunque por su redacción podría hacer pensar que lo público queda reducido a lo estatal, y en particular, al ejercicio de ciertos cargos. Sin embargo, existe unanimidad en la doctrina en cuanto a comprender el interés público, y por tanto, la condición de persona vinculada al interés público, en una forma más amplia.

Pero ello no nos puede hacer olvidar que en lo que respecta a la libertad de información, en cuanto derecho autónomo y especialmente protegido, los elementos a considerar deben ser otros.

4.2.2.- La exigencia de veracidad como segunda exigencia para conceder la protección reforzada específica del artículo 20.1 letra d) de la Constitución Española (libertad de información)

4.2.2.1.- El concepto de veracidad

El primer requisito impuesto por la Constitución para invocar la libertad de información es que lo comunicado sea “veraz”⁴¹². Dado que esta exigencia no existe para la libertad de expresión, es también un elemento diferenciador entre ambas a la hora de otorgar su protección.

El concepto utilizado por la Constitución es ambiguo, por lo que debe tenerse cuidado en la forma en que se entienda. Primeramente no debe confundirse la expresión “veraz” con verdadera, pues la primera se refiere a un hábito de quien acostumbra a decir la verdad, mientras la segunda, a una adecuación a la realidad de un juicio sobre el mismo⁴¹³.

Algunos autores han señalado que la palabra utilizada por la Constitución Española obedece a un error y que el constituyente debió haber utilizado la expresión “información verdadera”⁴¹⁴, pues sólo este tipo de comunicaciones tendrían la capacidad de informar⁴¹⁵, así como ser objeto de juicio de adecuación.

No obstante, creemos que el vocablo elegido es más adecuado y ajustado al objetivo perseguido, que más que proteger verdades absolutas e inamovibles, busca dar un espacio privilegiado a las expresiones informativas entregadas por quienes tienen la costumbre de ser serios y diligentes a la hora de informar, que es a lo que se refiere el adjetivo “veraz”. Por ello, más que un error gramatical, la expresión constitucional nos parece un buen acierto.

⁴¹² No nos referiremos en este trabajo a las consecuencias de la veracidad en materia penal, cuando opera como causal de justificación contra lesiones al honor. Sin embargo, cabe mencionar que en estos casos el razonamiento es el mismo: la importancia de que dichos hechos sean conocidos y denunciados, se considera de mayor valor que el honor de las víctimas, por lo que se privilegia y favorece su difusión.

⁴¹³ STC 216/2006, FJ 8: “(...) – el de veracidad, se entiende – se interpreta desde la perspectiva constitucional de la libertad de información, que, como antes quedó puesto de relieve, no coincide con el de verdad en el sentido literal del término”. Anteriormente, la STC 51/1997, FJ 7 se refiere a “hechos que se pretenden ciertos” y llama la atención sobre la importancia de determinar el significado de veracidad para determinar las expresiones protegidas.

⁴¹⁴ Juan Carlos ORENES RUIZ, *“Libertad de Información y Proceso Penal. Los límites”*, Aranzandi, Pamplona (2008), p. 118.

⁴¹⁵ STC 51/1997, FJ 3; y STC 110/2000, FJ 5.

4.2.2.2.- Ideas, opiniones y hechos frente al requisito de veracidad

No es raro que el concepto de veracidad induzca a confusiones, pues en su uso vernáculo, se asocia e identifica con la verdad, entendido como opuesto a lo falso o mentiroso.

Entendido de esta manera, constituye un elemento objetivo, y como tal, sólo puede recaer sobre juicios sobre la realidad, que serán verdaderos si se ajustan a ella, y falsos en caso contrario.

Así comprendida, otras expresiones como juicios de valor, opiniones o ideas, no podrían ser contrastadas con una verdad material objetiva, por lo que no podrían ser veraces ni alcanzar la protección de la libertad de información⁴¹⁶.

Pero el problema se agudiza dramáticamente si pretendemos exigir a las expresiones sobre hechos un criterio de veracidad objetivo, real y verificable, pues obligaría a imponer a los comunicadores una exigencia y una responsabilidad muy difícil de cumplir e incompatible con su función institucional. Frente a ella, como

⁴¹⁶ STC 126/2003, FJ 3. 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 (STC 107/1988, FJ 2) y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad (STC 4/1996, FJ 3; y STC 144/1998, FJ 2) o diligencia en su averiguación (STC 223/1992, FJ 2), que condicionan, sin embargo, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información” del art. 20.1 d) CE el adjetivo “veraz”. La libertad de información que nuestra Constitución reconoce y protege tiene, como presupuesto de su ejercicio legítimo, la veracidad de los hechos que se exponen y difunden (STC 139/1995; y STC 6/1996). Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión (STC 6/1988, FJ 5).

STC 174/2006, FJ 3: “Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza 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. Es a 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 misma naturaleza, 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 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2). Sin embargo, 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, y la “expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión”.

Además, ver Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 80.

lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español, la única posición de seguridad sería el silencio, ejerciendo un efecto inhibitor que a nadie interesa generar⁴¹⁷.

4.2.2.3.- Utilidad de distinguir entre hechos, ideas y opiniones

La prueba de veracidad nos llevaría a realizar una distinción entre hechos, ideas y otros elementos de la comunicación que tampoco será una tarea sencilla, obligando al intérprete a enfrentarse con innumerables problemas de criterio y distinción.

Muchas veces, además, la expresión de unas requerirá a las otras, y viceversa, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que entre hechos y juicios de valor no puede trazarse una línea divisoria, transformándose en “conceptos indiferenciables jurídicamente”⁴¹⁸.

En efecto, todo indica que la única forma posible de realizar una distinción definitiva entre unos y otros sería la vía judicial, que deberá utilizar para ello criterios extrajurídicos, prudenciales y mayoritariamente subjetivos.

4.2.2.4.- Ideas y opiniones protegidas por la libertad de información

El Tribunal Constitucional, utilizando un criterio que nos parece acertado, ha sido cuidadoso para referirse a la cuestión, refiriéndose antes a la “comunicación informativa de hechos” que simplemente a “hechos”.

De esta forma, admite que la formación de una opinión pública libre muchas veces sería imposible sin el conocimiento conjunto de hechos y de opiniones sobre los mismos. Más aún, la descripción o relato de la realidad muchas veces requerirá la presencia de elementos más subjetivos e ideológicos que puramente factuales.

BUSTOS GISBERT da un claro ejemplo de esta situación, refiriéndose a la comunicación de datos macroeconómicos. Sin una adecuada síntesis explicativa, crítica y comentada, ellos no podrían cumplir el objeto de informar a la comunidad, mayoritariamente no especializada, empobreciendo el debate público y generando situaciones de confusión, ignorancia, opacidad, falta de control ciudadano y manipulación política⁴¹⁹.

⁴¹⁷ STC 6/1988, FJ 5; STC 158/2003, FJ 6.

⁴¹⁸ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 267. De hecho, y por la misma razón, el TC ha señalado en numerosas oportunidades que “muchas veces ambos derechos se ejercen en forma conjunta y se encuentran inconfundiblemente mezclados en un mismo acto. Habitualmente la expresión de información se encuentra acompañada de juicios de valor, y la propia elección de términos y conceptos es en sí un tipo de expresión (STC 76/1995, FJ 3).

⁴¹⁹ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 288. Asimismo, es muy común y a veces indispensable que la expresión de opiniones y juicios de valor se afirmen en hechos, ya sea con el objeto de darle sentido y fundamento a los mismos, o con el solo propósito de enriquecer la narración (STC 76/1995 FJ3). Por su parte, la STC 171/1990, FJ 10 dispuso que: “(...) la libertad de prensa exige el reconocimiento de un espacio de inmunidad constitucionalmente protegido no solo para la libre circulación de noticias, sino también para la libre circulación de ideas y opiniones (...) sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa el impedir formular razonadamente conjeturas (...) los derechos reconocidos en el artículo 20 CE incluyen también, más allá de la exposición objetiva de los hechos, la libertad de crítica de

Consistentemente, el Tribunal Constitucional ha sido claro en sostener que “...en la práctica es frecuente y normal que en la información se incluyan elementos valorativos que no llegan a desnaturalizar el derecho a la información, siempre que el elemento preponderante de lo comunicado sea el informativo (...)”⁴²⁰.

Por tanto, la protección del art 20.1 letra d) Constitución Española puede alcanzar también a juicios de valor, conjeturas, ideas y opiniones, siempre que ellos contribuyan a la función de informar⁴²¹.

4.2.2.5.- El elemento preponderante del hecho noticioso en las expresiones protegidas

Al aceptar la presencia de ideas y otros elementos en las expresiones informativas, la doctrina y la jurisprudencia son contestes a la hora de señalar que su protección reforzada requiere que el elemento preponderante de las mismas sea el informativo⁴²².

No se pretende establecer una fórmula o un criterio matemático para medir la preponderancia de los distintos elementos de una comunicación, pues ello sería absurdo e imposible. Lo que se busca es maximizar la protección y estímulo a la difusión de informaciones noticiosas, sin que ello signifique que cualquier expresión pueda quedar por ello protegida. Para ello, se ha entendido el requisito

actuaciones profesionales que desbordan la esfera privada, incluida la posibilidad de hacer juicios de valor sobre los mismos (...)”. Cabe señalar que en la sentencia citada y en la STC 172/1990, se hace referencia al accidente aéreo del 19 de febrero de 1985, donde la prensa comentó numerosas circunstancias de la vida privada del piloto, lo que lleva aún más lejos ésta permisión.

⁴²⁰ STC 172/1990, FJ 5.

⁴²¹ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 289. Señala que “precisamente la falta de conexión entre los juicios de valor y los hechos que servían de base a la información transmitida fue uno de los elementos que permitieron al Tribunal Constitucional concluir, en la sentencia STC 172/1990, que un diario se había excedido en el ejercicio de la libertad de información, mientras que en la sentencia STC 171/1990 se consideraba como ejercicio correcto de este derecho en un supuesto prácticamente idéntico, porque los juicios de valor realizados eran, en este caso, relevantes con respecto a los hechos a los que se refería la información transmitida”. En igual sentido, la STC 85/1992, FJ 4; y la STC 240/1992, FJ 8. Continúa BUSTOS GISBERT: “Por ello entendemos que los juicios de valor, en tanto que se refieran a hechos veraces dotados de trascendencia pública, transmitidos a través de los medios de comunicación social y dirigidos a la sociedad en su conjunto, forman parte del objeto de la libertad de información más que de la libertad de expresión”. Ver además Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 144; Por otro lado, Alfonso FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR (“*Libertad de Expresión y Derecho de la Información*”, Constitución Española de 1978, tomo II, Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAMIL, Edersa Madrid (1984), p. 531) considera que la simple selección de hechos y la forma de presentarlos no deja de expresar en la mayor parte de los casos “apreciaciones y preferencias subjetivas que comportan una particular valoración, con lo que la frontera entre noticia y opinión deja frecuentemente de estar claramente definida”. En el mismo sentido Marc CARRILLO, “*Derecho a la Información y Veracidad Informativa (Comentario a las STC 186/86; y STC 6/88)*”, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 23 (1988), p. 190.

⁴²² Al respecto, el TCE señala que el factor determinante para distinguir si estamos frente a unos u otros, es la susceptibilidad de realizar un juicio de veracidad a la expresión realizada: “mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones y 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, sin embargo, la legitimidad del derecho de información” (STC 144/1998, FJ 2; y STC 6/1988, FJ 2).

de la veracidad en forma más abierta, pero exigiendo que las opiniones y demás expresiones protegidas se relacionen directamente con los hechos que dan origen a la noticia.

De esta manera, podría protegerse una comunicación que girara en torno a un hecho noticioso (un asesinato, una elección, un descubrimiento científico), pero que consistiera básicamente en opiniones y análisis en torno al mismo, o estén de alguna manera significativamente relacionadas con un hecho noticioso⁴²³.

4.2.2.6.- La admisibilidad y protección de los errores en la información transmitida

De lo hasta ahora dicho, puede ya observarse que uno de los elementos más importantes a la hora de configurar y entender la libertad de información y su régimen jurídico, se refiere a la imposibilidad e inconveniencia de limitar la protección de este derecho sólo a verdades “finales y objetivas”.

⁴²³ La STC 6/1988, FJ, 5: “Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante (...). El que alguna 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”. En la misma línea las STC 105/1990, FJ 4; STC 171/1990, FJ 10; STC 172/1990, FJ 3; STC 123/1993, FJ 3; STC 136/1994, FJ 1; STC 76/1995, FJ 2; y STC 4/1996, FJ 3. Más recientemente, STC 181/2006, FJ 4; y STC 139/2007, FJ 6, entre otras.

La STC 126/2003, FJ 3, aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20 CE, al elemento que en ellos aparece como preponderante. Más todavía: la comunicación informativa a que se refiere el apartado d) del art. 20.1 de la Constitución versa sobre hechos (CEDH N° 9815/82, *Lingen v. Austria*, de 8 de julio de 1986, párrafo 46) y sobre hechos, específicamente, “que pueden encerrar trascendencia pública” a efectos de que “sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva”, de tal forma que de la libertad de información -y del correlativo derecho a recibirla - “es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho” (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11). A su turno, la STC 126/2003, FJ 3, señala que en virtud de esta jurisprudencia consolidada, podría concluirse acaso que lo expresado en su día por el Sr. Libossart poseía los rasgos que permiten definir su comportamiento como ejercicio de la libertad de información a que se refiere el art. 20.1 d) CE. Las declaraciones por las que el empleado fue despedido se formularon y se entendieron por los receptores como relativas a “hechos”, cualquiera que fuese su veracidad. 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 (STC 6/1988, FJ 5; y STC 57/1999, FJ 7). Finalmente, Juan José SOLOZABAL ECHEVARRÍA (1989), ob. cit., nota 225, p. 173-174, propone recurrir a la diferenciación que hace la doctrina americana entre las opiniones que contienen información y las que son puramente deductivas o evaluativas, fórmula recordada en España por Santiago MUÑOZ MACHADO (1988), ob. cit., nota 388, p. 112 y ss.

Respecto de las ideas y opiniones, obviamente la “veracidad absoluta o cierta” no resultará exigible⁴²⁴. Pero respecto de los hechos, también hay buenas razones para negar su cabida, pues la sola definición y concepto de “verdad” podría llevarnos a una discusión filosófica de largo aliento e incierto resultado (siempre sería discutible el criterio utilizado para alcanzar dicha pretendida “objetividad”).

Pero ella no es la única razón para evitar esta exigencia. Su severidad pondría a los comunicadores en seros aprietos, exponiéndolos a riesgos y responsabilidades legales por su actividad, lo que limitaría severamente la presencia de puntos de vistas y de fuentes de información⁴²⁵.

Por tanto, dicha exigencia afectaría seriamente el desarrollo de una sociedad democrática y pluralista, objetivo expresamente planteado por la Constitución, lo que lo vuelve absurdo e inexigible desde un punto de vista constitucional⁴²⁶.

Parece contra-intuitivo y contradictorio que el objetivo de satisfacer la necesidad colectiva de contar con “información de calidad” se realice por medio de la aceptación ex ante y protección reforzada de publicaciones con errores realizada por parte de los informadores. Ello obedece a un claro ejercicio de balanceo, donde se privilegia la libre y pronta circulación de noticias, con todos los riesgos que ello conlleva a la vulneración de otros derechos, frente a su alternativa de opacidad, silencio e ignorancia.

La presencia de errores será, por tanto, un costo asumido conscientemente para favorecer un sistema de informaciones dinámico, fuerte, pluralista, que permita a su vez la existencia de una opinión pública vigorosa, crítica, desenvuelta y bien informada⁴²⁷. El Tribunal Constitucional Español ha señalado en numerosas sentencias que “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”⁴²⁸.

⁴²⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que requerir la prueba de un juicio de valor, es algo imposible de cumplir y que por lo mismo, es condenable e infringe la libertad de opinión en sí misma. Sin embargo, tampoco ampara las acusaciones frívolas y sin fundamento, señalando la importancia de una “suficiente base fáctica” para emitir determinados juicios de valor. CEDH N° 28525/95, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, de 26 de febrero de 2002, párrafos 39 y 40.

⁴²⁵ Esta exigencia puede ser un arma muy peligrosa y contraproducente si se entiende de manera equivocada, pudiendo ofrecer espacios para justificar restricciones inadecuadas a la libertad de información. En efecto, si se exige la prueba objetiva de veracidad y se sanciona su ausencia, podrían ser sancionadas, incluso penalmente, una serie de expresiones, produciendo un efecto censorador evidente y perjudicando el necesario flujo de información necesaria para generar una opinión pública informada. CIDH, *Olmedo Bustos y otros v. Chile*, sentencia de 5 Febrero 2005; y CIDH, *Kimel v. Argentina*, sentencia de 2 de Mayo 2008.

⁴²⁶ En el mismo sentido, la STC 167/1986, que en su FJ 5 señala que “el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad”. En la STC 160/2003, FJ 5, el TCE sostiene: “la exigencia de “verdad” en lo declarado, como parte del canon aplicable a la libertad de información – y no, ciertamente, del de la libertad de expresión – resulta tan rigurosa que amenazaría con anularla, por lo que una consolidada jurisprudencia de este Tribunal la ha sustituido por la exigencia de “veracidad”.

⁴²⁷ *Nueva York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁴²⁸ El TCE se ha pronunciado en forma similar en innumerables oportunidades. Por ejemplo, la STC 158/2003, señala en su FJ 6 que “cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, o

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE señala que “esta consecuencia responde al principio del riesgo permitido, que viene justificado en este caso por la función que en la sociedad cumple la libertad de información como garantía de una opinión pública libre”⁴²⁹.

4.2.2.7.- La inexigibilidad de la neutralidad en el ejercicio de la libertad de información

Si aceptamos la presencia, y en algunos casos la necesidad, de aceptar elementos subjetivos dentro de las expresiones vinculadas a la libertad de información (ideas, opiniones, juicios de valor), estamos aceptando también que lo noticioso puede no ser objetivo o neutral.

Por ello, no puede exigirse neutralidad u objetividad en la entrega de la información⁴³⁰.

Además, podría sostenerse que dichas exigencias no sólo serían inadecuadas e indeseables, sino también imposible de cumplir, dado que la noticia es por definición una reconstrucción de la realidad, y como tal, implica elecciones de elementos informativos (respecto de la realidad) y de medios expresivos (para comunicar a otros el relato de la realidad que busca construirse), y ambas acciones implicarán al informante en forma subjetiva. De la misma manera que un mapamundi o una foto se refieren a una realidad pero no pueden confundirse ni identificarse con esa realidad a la que se refieren.

4.2.2.8.- Las buenas artes y la intención como requisitos irrelevantes frente a la exigencia de veracidad

Consideración especial respecto del hecho de que no constituyen criterio de veracidad ni el ánimo o intención del informador ni la rectitud con que ha obtenido la información.

sencillamente no probadas en juicio, pues 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 (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). La veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su “realidad incontrovertible”, puesto que ello constreñiría el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 28/1996, de 26 de enero, FJ 3; y STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 6). Si ello ocurriera, “se entorpecería significativamente el flujo de información y de ideas que requiere una sociedad libre y democrática” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5).

⁴²⁹ Ignacio BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *“Los Límites entre la Libertad de Expresión y los Derechos de la Personalidad”*, ADPCP, Madrid (1991), p. 339 y ss. Citado a su vez por Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 414, p. 120.

⁴³⁰ STC 172/1990, FJ 5: “(...) la valoración de hechos constituye también un elemento fundamental del derecho de información (...) no siendo, por ello exigible que las informaciones difundidas...sean neutrales o estrictamente objetivas, ya que lo contrario equivaldría a limitar el principio de pluralismo más allá de lo que consiente su condición de valor esencial de la sociedad democrática, dejando reducida la libertad de información a inocua transmisión mecánica de hechos noticiables”. En un sentido similar, la STC 171/1990, también referida al accidente aéreo de Bilbao.

Hemos querido detenernos un poco más en la afirmación de que ni las “artes” utilizadas ni el ánimo que mueva son relevantes frente a la exigencia de veracidad⁴³¹.

Además, ello se justifica debido a que el propio Tribunal Constitucional contribuyó a generar cierta confusión entre la veracidad como diligencia y la misma vinculada a la corrección utilizada en la obtención y difusión de la misma.

En efecto, durante muchos años éste consideró que la información protegida constitucionalmente era aquella “rectamente obtenida y razonablemente contrastada” o “rectamente obtenida y difundida”⁴³².

Sin embargo, en sentencias posteriores, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la relación entre información “rectamente obtenida” y el requisito de la veracidad, debe entenderse como un reconocimiento al deber de diligencia en el contraste de la fuente de la información, pero no con “la exigencia de veracidad con la legítima obtención de la información, ni por tanto con el secreto de las diligencias sumariales (art. 301 LECrim)”, como lo demuestra, por ejemplo, la STC 158/2003, FJ 5.

La misma sentencia, en su FJ 4 señala que : “(...) la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona”.

Lo mismo, en cuanto a las “artes empleadas, quedando demostrado en la constante jurisprudencia constitucional relativa a la publicación de antecedentes que constituyen parte del sumario penal, y se encuentran por esa condición bajo secreto” (STC 216/2005). Así puede verse claramente en la STC 54/2004, de 15 de abril de 2004, en su FJ 6 señala que “al hablar del requisito de la veracidad este Tribunal se ha referido en algunas ocasiones a la “información rectamente obtenida y difundida”, o a la “información rectamente obtenida y razonablemente contrastada”, como aquélla que efectivamente es amparada por el Ordenamiento, por oposición a la que no goza de esta garantía constitucional por ser fruto de una

⁴³¹ Sin embargo, ellos pueden tener incidencia en otros frentes (dolo, etc.), que también podrán generar consecuencias jurídicas significativas.

⁴³² Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 414, p. 119. Este autor parece entender que las STC 6/1988; la STC 4/1996; y la STC 123/1993, entre otras, se refieren a una información rectamente obtenida y razonablemente contrastada. En el mismo sentido, parecen ir las STC 6/1988, FJ 5; STC 3/1997, FJ 2; STC 178/1993, FJ 5; y la STC 4/1996, FJ 4.

A modo de ejemplo de todas ellas, citamos la STC 126/2003, que en su FJ 3 señala que: “Es importante precisar que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información – quedando exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas – cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, “actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones” (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (por todas, STC 21/2000, FJ 5).

conducta negligente, es decir, de quien actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, o de quien comunica simples rumores o meras invenciones. En éstos y en otros pronunciamientos, la información “rectamente obtenida” se ha asociado a la diligencia observada en la contrastación o verificación de lo informado, que debe tener en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias relativas a la fuente de información (...). Nuestra jurisprudencia ha vinculado pues la información “rectamente obtenida” con el requisito de la veracidad, entendida como cumplimiento del deber de diligencia en la contrastación de la información; pero nunca hemos relacionado esa exigencia con la de que la obtención de los datos sea legítima, ni, por tanto, con el secreto de sumario. De modo que la cuestión de que la información publicada no pudiera ser objeto de difusión por haber sido obtenida ilegítimamente, es decir, quebrando el secreto del sumario y constituyera una “revelación indebida” (art. 301 LECrim) es una cuestión distinta a la que aquí se examina”⁴³³.

Sin embargo, como ya adelantábamos, la desvinculación de la exigencia de veracidad con la legitimidad de los medios utilizados no da una licencia de antijuridicidad a los informantes, pues sus acciones pueden verse prohibidas e incluso sancionadas en base a otros fundamentos legales. La precisión realizada respecto de la veracidad obedece, por tanto, a una motivación de corrección argumentativa y dogmática que compartimos.

Lo recién señalado puede verse en numerosos casos. La STC 74/2012, 16 de abril 2012, por ejemplo, referida a la utilización de cámaras ocultas, señala que “la intromisión en los derechos fundamentales de terceros en el ejercicio de la libertad de información sólo es constitucionalmente legítima cuando resulte necesaria, adecuada y proporcionada a la realización de este derecho constitucional (...) con independencia de la relevancia pública de la información que se pretenda obtener y difundir, la captación videográfica inconsentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también inconsentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información (art. 20.1 d) Constitución Española), al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden

⁴³³ STC 158/2003, FJ 4 y 5 (por todas las citas anteriores. La misma sentencia a su vez cita la STC 6/1988, FJ 5; STC 172/1990, FJ 3; STC 240/1992, FJ 7, STC 123/1993, FJ 4; STC 178/1993 FJ 5; STC 4/1996 FJ 4; STC 3/1997, FJ 2; STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6; STC 158/2003, FJ 5. Cabe señalar que el TC literalmente señala que “nunca” dijo otra cosa, y que “rectamente obtenida” no se refería a legitimidad, sino a “diligencia”.

En el caso concreto, señala que se acreditó que los autores del reportaje cumplieron con el deber de diligencia, por lo que “no puede compartirse la afirmación del Tribunal Supremo de que la información enjuiciada en este proceso de amparo no fue rectamente obtenida al haberse conseguido por un medio “tortícero”. Como sostiene el Ministerio Fiscal, ello supondría introducir una limitación no prevista constitucionalmente al derecho a difundir información veraz, puesto que negaría tal carácter a la noticia publicada por el hecho de proceder de un sumario en tramitación. Debemos, pues, estimar que dicha información periodística fue veraz, en el sentido arriba indicado, al haber observado los periodistas la diligencia constitucionalmente exigible en la comprobación de sus fuentes de información, sin que quepa presumir su obtención irregular, ni haya constancia alguna en las actuaciones de que la obtención de la noticia se hubiera producido mediante una conducta reputada como ilícita, dado que en el proceso a quo no aparece acreditada la forma en que el medio de comunicación tuvo acceso a las diligencias sumariales”.

comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional”⁴³⁴.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional parece haber utilizado criterios diversos cuando la relación existente entre los involucrados esta matizada por otros elementos, como pueden ser una relación contractual que suponga actuar con buena fe y asegurar ciertos niveles mínimos de lealtad y confianza.

Hemos señalado que la libertad de expresión no sólo protege la crítica, aun cuando pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quién se dirige⁴³⁵.

Sin embargo, la existencia de un contrato de trabajo puede limitar la protección de este tipo de expresiones, surgiendo “un 'condicionamiento' o 'límite adicional' en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo, aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución”⁴³⁶.

⁴³⁴ La STC 74/2012 nos remite a la STC 12/2012, FJ 7. En un sentido similar se pronunciaba antes la STC 54/2004, en su FJ 6, al sostener que: “lo que hemos de dilucidar en el presente caso es si la información publicada puede o no reputarse lesiva del honor y, por lo tanto, si, desde la perspectiva de la tutela que constitucionalmente corresponde al honor de las personas, estamos o no ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Delimitado así el objeto de nuestro juicio, el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto – con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión – en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor”.

⁴³⁵ STC 6 /2000, FJ 5; STC 181/2006, FJ 5. CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril 1992, párrafo 42. Además, ver CEDH N.º 39293/98, *Fuentes Bobo v. España*, de 29 Febrero 2000, párrafo 43.

⁴³⁶ STC 56/2008, FJ 6: “este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito – modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente – de su libertad constitucional” (STC 186/1996, de 25 de noviembre; y STC 186/2000, de 10 de julio). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (STC 126/2003, de 30 de junio). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada que respete la definición y valoración constitucional del derecho fundamental y que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso (...) que ese carácter interno reduzca el impacto y efectos de la crítica y denuncia realizadas en términos de difusión – lo que resulta relevante sobre todo para analizar su relación con la causación de un posible perjuicio desproporcionado a Cepsa -, no permite desvirtuar el alcance de ese dato soslayando que un trabajador, en principio o como regla general, y sin perjuicio del examen de cada caso, no ve limitado por defecto su derecho fundamental al ámbito interno de la empresa, pudiendo dar difusión externa a sus opiniones y críticas (un ejemplo de ello en la STC 151/2004, de 20 de septiembre). Como recordara la STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 6, desde la prevalencia de los derechos fundamentales, su limitación sólo puede derivar, bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; y STC 106/1996, de 12 de junio, FJ 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 7; STC 6/1995, de 10 de enero, FJ 3; y STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 7). En suma, “el escrito del actor tuvo carácter interno, sin perjuicio de que, en su caso, su difusión externa hubiera podido

De la misma manera estableció el Tribunal Constitucional Español que el concepto de buena fe se encontraba también en el ejercicio de la libertad de expresión en el seno sindical⁴³⁷.

4.2.2.9.- El requisito de veracidad entendido como diligencia (obligación de medios)

Tenemos hasta ahora dos criterios claros.

El primero de ellos es que la Constitución ha establecido la veracidad de lo comunicado como un requisito para otorgar la especial protección de la libertad de información.

En segundo lugar, sabemos que la veracidad no puede ser entendida en forma literal, o al menos en forma de una exigencia de verdad absoluta respecto de lo difundido, pues ello generaría efectos contrarios a los considerados para establecer el derecho.

La exigencia de veracidad debe ser entendida como una actitud de responsabilidad social, de diligencia y buena fe ante la distribución de noticias, ya que la sociedad ha depositado sobre los medios su confianza sobre una materia de gran relevancia, volviéndose dependiente de ella muchas de sus más importantes decisiones, colectivas e individuales.

Por ello, la entrega de información, y la actitud de los periodistas frente a su trabajo debe ser seria y responsable, sobre todo considerando que la validación de su especial tutela no dependerá de la veracidad de lo comunicado. Ello incluso ha llevado a que el artículo 10 de la Convención Europea haga expresa mención a los

encontrar acomodo en la cobertura del derecho fundamental". Cita además las STC 106/1996; STC 1/1998; STC 90/1999; STC 241/1999; o la STC 20/2002.

⁴³⁷ STC 1/1998, FJ 3 señala que: "lo que ahora importa, la relación laboral genera un complejo de obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador que nuestra legislación, y por lo que se refiere a las exigibles específicamente al trabajador, obliga a desarrollar "conforme a las reglas de la buena fe y diligencia" [art. 5 a) E.T.], hasta el punto de que la transgresión de este específico deber se tipifica como uno de los supuestos de despido disciplinario [art. 54.2 d) E.T.]. De este modo, nuestra propia jurisprudencia ha venido admitiendo que el ejercicio de la libertad de expresión por el trabajador, en su relación con el empresario, debe desarrollarse conforme a las exigencias de la buena fe (STC 120/1983; STC 88/1985; y STC 6/1988, entre otras). Si bien tal exigencia de buena fe no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad a la empresa que fuera omnicompreensivo de una situación de sujeción al interés empresarial (STC 120/1983; STC 88/1985; STC 6/1988; STC 129/1989; STC 126/1990; STC 99/1994; STC 134/1994; STC 6/1995; STC 4/1996; STC 106/1996; y STC 186/1996); pues es necesario preservar "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional (STC 6/1988, FJ 8), modulación que sólo debe producirse "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994, FJ 4, reiterada en la STC 106/1996, FJ 5) y añade: "no resulta exagerado afirmar que en tanto en cuanto el contenido de la expresión se refiere a irregularidades en un servicio público, y de público interés, por tanto, la posible oposición entre el deber contractual de buena fe y el derecho constitucional de libre expresión, o información, queda notablemente difuminada. Dicha conclusión se refuerza particularmente cuando el comunicante, por su directo conocimiento de los hechos relevantes para la adecuada prestación del servicio público, se encuentra especialmente capacitado para formular denuncias que coadyuven eficazmente al interés de eliminar fraudes o abusos en la prestación del servicio público".

deberes y responsabilidades que el ejercicio de esta responsabilidad conlleva, y que implicarán importantes consecuencias jurídicas.

Si no podemos comprender la exigencia de veracidad como una exigencia de verdad objetiva (es decir, como una obligación de resultados), al menos ella exige, de parte de quienes transmiten informaciones, de un razonable esfuerzo de diligencia y seriedad respecto de su formación y tratamiento (obligación de medios y no de resultados)⁴³⁸.

Por todo ello, la doctrina es uniforme existe en identificar la veracidad con una actitud de profesionalismo y responsabilidad, que favorece y privilegia la verdad de parte del sujeto que transmite la información, pero que no puede confundirse con una verdad absoluta y empíricamente verificable de los hechos transmitidos⁴³⁹.

BUSTOS GISBERT señala que la STC 6/1988 recoge todos los elementos técnicos básicos para entender la idea de veracidad, estableciendo una jurisprudencia que ha sido mantenida en forma estable hasta la actualidad⁴⁴⁰. Nos parece más clara y elaborada la jurisprudencia STC 29/2009, FJ 4: que señala 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 transmite 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 a 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 coma condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (...)"⁴⁴¹.

⁴³⁸ STC 160/2003, FJ 5, indica que el requisito de veracidad "tiende a negar protección constitucional a los que transmiten como hechos ciertos los que no lo son, sin contrastar su realidad mediante las oportunas comprobaciones; dicho de otra manera, cuando la Constitución exige que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que pudieran resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador. De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible"

⁴³⁹ Es conveniente reiterar que la actitud hacia la verdad a la que se refiere BUSTOS se vincula con la diligencia, y no con la intención de provocar un determinado efecto, positivo o negativo. Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127.

Juan Carlos ORENES RUIZ (2008) (ob. cit., nota 414, p. 119), a su vez, estima que la exigencia de veracidad "se asocia a la diligencia del informador a quien se le puede y debe exigir una actuación razonable en la comprobación o verificación de los hechos que expone" citando "entre otras, SSTC 28/1996, 192/1999 y 21/2000".

⁴⁴⁰ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 287.

⁴⁴¹ STC 29/2009, FJ 4. La STC 54/2004, FJ 3 agrega que "sobre la veracidad de la información, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina según la cual este requisito constitucional

Por todo lo señalado, podemos concluir que se debe dar por satisfecho el requisito de “veracidad” cuando ha existido una diligencia razonable por parte del informador en la elaboración de la noticia (verosímil), aunque luego se demuestre que ella era falsa⁴⁴².

Los errores cometidos de buena fe, el ánimo o las motivaciones del informante, las simplificaciones, reducciones y otros elementos que tan habitualmente nos toca ver en los medios de comunicación, no serán relevantes para efectos de este requisito.

no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (STC 6/1988 de 21 de enero; STC 28/1996 de 26 de febrero; STC 52/1996 de 26 de marzo; STC 3/1997 de 13 de enero; y STC 144/1998 de 30 de junio). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información (STC 21/2000 de 31 de enero, FJ 5; STC 46/2000 de 25 de febrero, FJ 6; STC 52/2000 de 25 de febrero, FJ 5; y STC 158/2003 de 15 de septiembre, FJ 4).

El mismo concepto de veracidad ha sido utilizado por el TCE en las STC 171 y STC 172/1990, FJ 8 y 3, respectivamente; STC 143/1991, de 1 de julio, FJ 6; STC 40/1992, de 30 de marzo, FJ 2; STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; STC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 5; STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 2; y STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5. En el mismo sentido, la STC 158/2003, de 15 de septiembre de 2003, que en su FJ 7 señala 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”.

⁴⁴² STC 158/2003, FJ 6; y STC 54/2004, FJ 7. La veracidad se determina observando si por parte del informador se han cumplido o no los deberes de diligencia que le son exigibles en orden a la comprobación de la verdad de las noticias. La veracidad no coincide con la verdad procesal ni con la *exceptio veritatis*. STC 6/1996, voto particular de GIMENO SENDRA, que señala que los periodistas no son ni pueden ser profetas del trabajo del juez. Por tanto una sentencia que niegue los hechos o que los mismos sean negados por la realidad no quita el carácter de veraz a la información dada. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), *ob. cit.*, nota 414, p. 119. Evidentemente, exigir a un periodista el mismo tipo de rigor que a un tribunal penal o a un ministerio público no tiene sentido alguno. CEDH, *Case Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, sentencia del 26 de febrero de 2002, párrafos 43 y 46; y STC 158/2003, FJ 6: no es constitucionalmente aceptable estimar que los informadores incumplieron el deber de diligencia en el desempeño de su labor, con apoyo exclusivo en el solo dato de que el resultado final de las investigaciones llevadas a cabo en el proceso penal fuera distinto al expuesto o transmitido por los autores de la noticia, pues la veracidad de la información difundida acerca de hechos objeto de investigación penal no puede equipararse con la correlación entre aquélla y la verdad procesal alcanzada conclusiva o finalmente en la causa penal (STC 154/1999 de 14 de septiembre, FJ 7). De ahí que la prueba de la veracidad no pueda consistir en la acreditación de que lo narrado es cierto, puesto que ello constituiría una *probatio diabólica*, por imposible en la mayoría de los casos.

Finalmente, cabe señalar que según las circunstancias de cada caso (bienes jurídicos amenazados, relevancia de la materia, forma de presentar la información, posibilidades y conocimientos de quien la realiza, entre otras) podrán exigir al informador diferentes estándares de diligencia, como más adelante veremos.

4.2.2.9.1.- Criterios para determinar los distintos niveles de diligencia exigidos

Con el correr del tiempo, la doctrina de la veracidad como debida diligencia ha sido mantenida y además perfeccionada, estableciéndose criterios para establecer niveles de diligencia, diferenciados según las circunstancias que los acompañen.

Al analizar el nivel de diligencia exigido para satisfacer el requisito de veracidad, vemos una vez más un desarrollo de la lógica de la ponderación, que permite señalar diferentes criterios de acuerdo a las circunstancias y bienes jurídicos involucrados. Por ello, no podrá existir una regla clara al respecto, y su final determinación deberá ser señalada por cada juez y cada tribunal frente a cada caso concreto⁴⁴³.

De esta manera, la diligencia exigida dependerá en cada caso del hecho comunicado y sus circunstancias, de su complejidad, de los derechos afectados, de los medios técnicos disponibles, de la prontitud que requiere la publicación de la noticia, de la real y razonable posibilidad de contrastar efectivamente la información, de los intentos fallidos por hacerlo, de la disposición del medio para corregir los errores cometidos, entre muchas otras⁴⁴⁴.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que la diligencia exigida en estas materias “se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas cuando la información pueda suponer el descrédito ajeno, en el otro”⁴⁴⁵.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado algunos criterios para analizar el cumplimiento de este requisito constitucional.

a.- La gravedad de la información divulgada

La gravedad de la información divulgada, en cuanto por su propio contenido pueda suponer un descrédito para la persona a la que hace referencia, obliga al informante a emplear un nivel de diligencia más elevado para obtener la protección constitucional⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Los criterios que el TC emplea para comprobar la diligencia del informador no son siempre los mismos y se les da en ocasiones diverso valor atendiendo a las distintas circunstancias concurrentes. A modo de ejemplo, ver STC 4/1996, con voto contrario de Jiménez de Parga). CEDH N° 29183/95, *Fressoz y Roire v. Francia*, de 21 de Enero 1999, párrafo 52, señala que las circunstancias del caso (medios técnicos, etc.) moderan los derechos y obligaciones de los informantes y periodistas; CEDH N° 510/04, *Tonsbergs Blad AS v. Noruega*, de 1 Marzo 2007.

⁴⁴⁴ STC 240/1992, FJ 7; STC 28/1996, FJ 3; STC 54/2004, FJ 3 (entre otras muchas).

⁴⁴⁵ STC 190/1996, FJ 3; STC 6/1988; STC 171/1990; y STC 139/1995.

⁴⁴⁶ STC 139/1997; STC 240/1992, FJ 7; STC 178/1993, FJ 5; STC 28/1996, FJ 3; y STC 192/1999, FJ 4.

De esta manera, por ejemplo, el Tribunal Constitucional consideró que en la comunicación referida a presuntos delitos sexuales cometidos por militares (sodomía), la sola constatación de la denuncia no puede considerarse como suficiente diligencia informativa, dado el descrédito que provocaría en los involucrados (atendidas sus circunstancias y entornos sociales). En concreto, consideró que debió al menos haber intentado contactar a los acusados (o a sus superiores) y al Tribunal encargado del asunto. Al mismo tiempo no se consideró que la emisión de la noticia fuera respetuosa de la presunción de inocencia de los aludidos (el caso se archivó posteriormente)⁴⁴⁷.

b.- El carácter noticioso del hecho

Otro criterio que puede ser relevante será el carácter noticioso del hecho y la intensidad del interés público involucrado⁴⁴⁸.

c.- La consistencia del contenido de los reportajes con sus respectivos titulares

La consistencia de los titulares con el contenido de la noticia será apreciado positivamente, dado que los primeros están destinados a ser leídos por una cantidad de personas mucho mayor, y generalmente sin un ulterior análisis⁴⁴⁹.

La dificultad para combinar y sopesar correctamente estos criterios puede verse claramente, por ejemplo, respecto de la suficiencia de una fuente cuando tiene características que de por sí la hacen creíble (fuentes policiales, etc.). Algunas sentencias han señalado que ante esta situación, sólo sería necesario verificar la identidad de la fuente (por ejemplo, en la STC 158/2003)⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ STC 1/2005, FJ 5. O bien la STC 190/1996, sobre la muerte de una joven de quienes se señaló que podía ser consumidora de drogas.

⁴⁴⁸ STC 240/1992, FJ 6, FJ 8 y FJ 9, y se reiteran en la STC 28/1996, FJ 3.

⁴⁴⁹ STC 54/2004, FJ 1: llama a leer la noticia como un conjunto, vinculando titulares y contenido. Sin embargo, en su FJ 1, señala que en el caso analizado “(...) los titulares de la noticia habrían creado una situación “fuera de contexto” ya que el contenido del reportaje no fundamentó el titular más o menos escandaloso del periódico”. En un sentido opuesto se ha pronunciado también el mismo TC y el TS, como puede verse, por ejemplo, en la STC 178/1993, que señala que ambos elementos deben analizarse por separado, exigiendo un mayor cuidado al redactor de titulares de no inducir a situaciones de equívocos o confusión respecto de la realidad y del contenido de la información.

⁴⁵⁰ STC 158/2003, FJ 5: “Al respecto hemos declarado que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 7), puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5); por el contrario, la remisión a fuentes indeterminadas resulta insuficiente para dar por cumplida la diligencia exigible al informador (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 8)”. En el mismo sentido, STC 240/92, FJ 5.

El caso CEDH N° 13778/88, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*, de 25 de Junio 1992, párrafo 65, se refiere a una persona que por televisión y por medio de artículos señaló que era práctica habitual de la policía el uso excesivo y brutal de violencia, utilizando como única base ciertas informaciones dadas por trabajadores del Hospital y por testigos. La Corte de Islandia señaló que era fundamental proteger a las personas y a su reputación de acusaciones de delitos graves realizadas en forma infundada, por lo que condenó a Thorgeirson por difamación. Sin embargo, la

Sin embargo, la STC 99/2011, de 20 de junio de 2011, FJ 4, relativo a la publicación de una noticia que vinculaba a una víctima fallecida con el ejercicio de la prostitución, señaló que dicho criterio no era suficiente para justificar la invocación de la libertad de información y autorizar la vulneración de los derechos de la víctima mediante un reportaje de contenido vejatorio. Para que ello hubiese sido posible, señala, era necesario “que el informador hubiera desarrollado una más amplia actividad para su contraste”⁴⁵¹, mostrando claramente que en la medida en que los bienes afectados o la intromisión sean de mayor importancia o intensidad, la diligencia exigida será mayor. Lo anterior es producto, a nuestro juicio, de un adecuado ejercicio de ponderación.

d.- La presunción de inocencia

Otro criterio que deberá considerarse es el respeto a la presunción de inocencia⁴⁵².

Al mismo tiempo no se consideró que la emisión de la noticia fuera respetuosa de la presunción de inocencia de los aludidos (el caso se archivó posteriormente)⁴⁵³.

sentencia fue declarada como contraria a la libertad de expresión e injustificada en una sociedad democrática.

⁴⁵¹ STC 99/2011, FJ 4: “(...) tomando en consideración que en el propio reportaje se vinculaba la información con “fuentes policiales” y “fuentes de la investigación”, el único de los datos objetivos aducidos por los recurrentes en justificación de la diligencia del informador que cabe valorar para considerar acreditado este extremo es el relativo al propio contenido del atestado policial y, más concretamente, a la declaración prestada por un testigo que afirmó que contactó telefónicamente con la fallecida, ya que vio un anuncio de que daba masajes en su casa, por lo que tenía una cita con ella a las 4 de la tarde. Pues bien, el conocimiento de ese mero dato, en la posición ocupada en ese momento por el informador, no permite deducir la tajante afirmación contenida en el reportaje de que regentaba un negocio de prostitución, de que su domicilio era un prostíbulo ni tampoco que se dedicara a la prostitución desde muy joven. En ese sentido, la diligencia exigible para invocar el ejercicio de la libertad de información frente al contenido vejatorio de los datos que contenían en el reportaje hubiera hecho necesario que el informador hubiera desarrollado una más amplia actividad para su contraste, lo que, al tenor del silencio que sobre el particular han guardado los recurrente durante todo el procedimiento judicial y en este proceso constitucional, no hizo (...). Cabe señalar que el TS ha utilizado el mismo criterio respecto a la suficiencia de la verificación de la noticia. Así, por ejemplo, la sentencia de 12/03/04, relativo a un reportaje de operaciones antidrogas realizadas en Galicia donde se señalaba que “entre las diez personas encarceladas, se encuentran los vascos, Inocencio, que fue detenido a bordo del barco donde transportaban la cocaína y al que se atribuye una gran responsabilidad dentro de la organización (...)”. La defensa sostuvo que la detención e ingreso en prisión del demandante, era noticable y cierta, y que su posición personal dentro de la red había sido proporcionada por la Agencia, por lo que “la no verificación de su veracidad, venía dada por la fiabilidad que la misma tiene para los medios de comunicación, lo que evitaba el tener que realizar ese juicio o averiguación (...)”. El tribunal reprocha no haber constatado con mayor celo la veracidad de la información presentada, por lo que, sumado a otras razones, desestimando el recurso de casación interpuesto.

⁴⁵² STC 219/1992, FJ 5; STC 28/1996, FJ 3; STC 54/2004, FJ 3. También el Tribunal Constitucional se refiere en numerosas resoluciones a la presunción de inocencia como uno de los criterios que se tienen en consideración para verificar la diligencia del informador en el contraste de los hechos que se difunden, vinculada a la exigencia de una información veraz. Con meridiana claridad, la STC 219/1992 (RTC 1992, 219) indica que “la exigencia de una información veraz obliga a respetar el derecho de todos a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 (RCL 1978, 2836) CE”, sin que sea admisible calificar a una persona como autor de un delito en el momento de su detención.

e.- El contraste de la información recibida con diversas fuentes

Los intentos de contrastar la noticia, aunque fracasen, son valorados positivamente⁴⁵⁴.

i.- Las posibilidades efectivas de contraste de la información

Las posibilidades efectivas que hayan existido para contrastar la información también deben ser consideradas a la hora de evaluar la diligencia exigible⁴⁵⁵.

ii.- Los mecanismos de contraste disponibles

Los medios de que se disponga para contrastar la información serán motivo para una exigencia de diligencia mayor o menor. Del mismo modo, el hecho de que una persona se desempeñe como profesional de la información (periodista), obligará a niveles mayores de diligencia⁴⁵⁶.

Así puede apreciarse claramente en la STC 99/2011, de 20 de junio de 2011, que en su FJ 2 señala que: “el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información”⁴⁵⁷.

iii.- La calidad de las fuentes consultadas

La calidad de las fuentes consultadas puede obligar a mayores o menores acciones adicionales para contrastar su veracidad⁴⁵⁸. En este respecto, la confiabilidad de una fuente sólo puede invocarse recurriendo a criterios objetivos, por mucho que los subjetivos puedan ser de hecho más relevantes⁴⁵⁹.

Por ejemplo, el acceso a piezas del expediente disminuirá la necesidad de ulteriores verificaciones, aunque ellas correspondan a piezas del sumario⁴⁶⁰ y aun cuando la información que en ellas se señale sea equivocada⁴⁶¹.

Al respecto hemos declarado que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente⁴⁶²; por el contrario,

⁴⁵³ STC 1/2005, FJ 5. Del mismo modo, STC 190/1996 (sobre la muerte de una joven de quienes se señaló que podía ser consumidora de drogas).

⁴⁵⁴ STC 240/1992.

⁴⁵⁵ STC 240/1992; STC 21/2000, FJ 6; y STC 158/2003, FJ 4.

⁴⁵⁶ STC 4/1996, FJ 6, y STC 21/2000.

⁴⁵⁷ Remite por todas, STC 29/2009 FJ 4. En un sentido similar, la STC 54/2004, FJ 3, ya citada.

⁴⁵⁸ STC 6/1996; STC 190/1996, FJ 3; y STC 144/1998.

⁴⁵⁹ STC 4/1996, FJ 4.

⁴⁶⁰ STC 28/1996, FJ 3 y FJ 5.

⁴⁶¹ STC 46/2002, FJ 2.

⁴⁶² STC 178/1993, FJ 5.

la remisión a fuentes indeterminadas resulta insuficiente para dar por cumplida la diligencia propia del informador⁴⁶³.

Por otro lado, una situación que podría representar numerosos problemas a la hora de acreditar la diligencia empleada es la protección de las fuentes. Pero dadas las especiales características de esta institución, que a diferencia de los demás secretos profesionales opera como un derecho y no como un deber, el informador podría revelar sus fuentes y probar con ello su diligencia, aunque la situación será ciertamente indeseable⁴⁶⁴.

La necesidad de probar la diligencia empleada no puede implicar una obligación para revelar las fuentes empleadas, sino sólo a demostrar que no se ha actuado con un temerario desprecio por la verdad⁴⁶⁵. Sin embargo, si no se logra probar la debida diligencia sin mencionar la fuente⁴⁶⁶, el periodista podrá revelarla para obtener la protección constitucional⁴⁶⁷.

En estos casos, la carga de la prueba debiera recaer en quien afirme la falta de diligencia, debiendo seguirse la norma general de presunción de buena fe en la realización de cualquier actividad humana⁴⁶⁸. Sin embargo, ello nos llevaría a una situación procesalmente compleja: la prueba de hechos negativos. Ello podría justificar una cautelosa modificación de este criterio.

f.- La retransmisión según el medio utilizado

El medio por el que se transmita la información también será relevante, y hará exigible diversos niveles de diligencia. Así, por ejemplo, la TV abierta y los programas de alta sintonía, por tener mayor repercusión (y permitir un análisis menos reflexivo de lo señalado), exigen un cuidado mayor⁴⁶⁹.

g.- Los niveles de diligencia exigidos frente a tres situaciones particulares: la falta de veracidad derivada de una incorrecta utilización del lenguaje legal; la falta de veracidad asociada a la omisión voluntaria de información; y la falta de veracidad contenida en las citas que se hacen de terceros (reportajes neutrales).

⁴⁶³ STC 21/2000, FJ 8.

⁴⁶⁴ Dada la importancia de la protección de la información, los Tribunales deberían ser cuidadosos de no poner a los periodistas frente al dilema de traicionar a sus fuentes para salvar su responsabilidad. Por ello, esta prueba, o cualquier otra que pudiera llevar a revelar las fuentes informativas, sólo debiera exigirse en casos extremos, y siempre considerando la protección y seguridad del informante, así como cualquier otra consecuencia que la revelación pueda generar.

⁴⁶⁵ J.A. VEGA RUIZ, *“Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos y Medios de Comunicación”*, Ed. Universitas, Madrid (1998), p. 34. Ver también STC 123/1993, FJ 5

⁴⁶⁶ En Francia entre otros países, no se reconoce el derecho de protección de las fuentes hasta la actualidad.

⁴⁶⁷ BOSCH BENITEZ, Oscar. “La veracidad como límite interno del derecho de la información (nota acerca de la reciente jurisprudencia constitucional sobre la materia)” Cuadernos de Derecho Judicial, (1993) p. 11.

⁴⁶⁸ CEDH N° 29183/95, *Fressoz y Roire v. Francia*, de 21 de enero 1999.

⁴⁶⁹ STC 139/2007, FJ 4 y FJ 11.

i.- La falta de veracidad derivada de una incorrecta utilización del lenguaje legal

El lenguaje legal es de suyo muy complejo, y su inadecuada utilización puede generar situaciones de confusión, desinformación y graves perjuicios. Incluso habrá situaciones en que siendo utilizada correctamente, sea traducida por el público de otra manera (de ahí la importancia de los juicios mediáticos, y de la judicialización de la política)⁴⁷⁰. Poco se puede decir sobre el particular, porque el Tribunal Constitucional ha considerado este problema de diversas maneras⁴⁷¹.

ii.- La falta de veracidad asociada a la omisión voluntaria de información

Antes de entrar a analizar esta situación, debe recordarse que en muy pocas situaciones podrá informarse de todos los antecedentes disponibles de un caso (historia, circunstancias, antecedentes, etc.), por lo que la omisión de antecedentes, y la simplificación de la misma, es una característica esencial de la actividad informativa.

Esta realidad nos hace conducir el problema hacia otro costado: la omisión voluntaria de información relevante, especialmente si ella podría cambiar significativamente la comprensión o valoración de la misma, lo que inevitablemente exigirá un juicio subjetivo, circunstanciado y casuístico.

En este ejercicio, deberá recordarse que el objetivo del derecho es la garantía de una opinión pública bien informada, así como de un debate vigoroso y pluralista, por lo que en ningún caso podrá utilizarse el argumento de la “completitud” de la noticia como una limitación al derecho de los informadores de determinar el contenido de lo comunicado.

Por ello, también pueden existir casos en que la omisión de determinadas informaciones haya sido validada.

Uno de los más célebres es el caso *Lehideux e Isorni v. Francia*, seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y fallado del 23 de septiembre de 1998. Ella se relaciona con una inserción pagada en el periódico *Le Monde*, donde se glorificaba al Mariscal Philippe Pétain. Según el Gobierno de Francia, dicha publicación prescindía de ciertos elementos “históricamente incontrovertibles”, como por ejemplo su vinculación con el gobierno nazi y su antisemitismo⁴⁷², por lo que no era completa.

Sin embargo, el Tribunal señaló que por mucho que dicha inserción fuera moralmente cuestionable para muchas personas, expresaba la opinión de los firmantes sobre un personaje de la historia. Adicionalmente, en su opinión

⁴⁷⁰ Ello podría llevar a sostener que la simplificación, traducción e inexactitud del periodista puede ser beneficiosa para una mejor comprensión de la situación por parte de la opinión pública, y corresponder, por tanto, a un acto de diligencia profesional.

⁴⁷¹ A modo ejemplar, STC 219/1992; y STC 52/2002.

⁴⁷² CEDH N° 55/1997/839/1045, *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de Septiembre 1998, párrafos 35, 42, 48, 54, 55, y 56.

concurrente, el juez De Meier señaló que no podía exigirse a los firmantes que gastaran su propio dinero para realizar un objetivo que no compartían, en este caso, resaltar los errores de un personaje histórico⁴⁷³.

Cabe señalar que en el ejercicio ponderativo realizado en este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no pudo sino considerar la opinión generalizada existente sobre el régimen nazi y sus colaboradores. En ese encuadre, una inserción, por molesta e irritante que fuera para muchos, evidentemente no cambiaría el juicio colectivo ni afectaría el caudal de información existente frente a los hechos. Es probable que si el juicio de la opinión pública hubiese dependido sólo de esta publicación, el criterio de la Tribunal hubiese sido diferente.

Si bien la jurisprudencia sobre este punto es escasa, la STC 40/1992, en sus FJ 1 y 2 parece considerar la omisión voluntaria de parte de la información como una vulneración al requisito de veracidad.

iii.- La falta de veracidad contenida en las citas que se hacen de terceros (reportajes neutrales)

a.- La reproducción de expresiones ajenas. El “reportaje neutral” como excepción relativa al requisito de veracidad

Se ha planteado la cuestión sobre las responsabilidades y obligaciones que genera la transmisión de información emitida por terceros. Cuando esta es transmitida sin alteraciones por parte de los medios, señalando claramente la fuente, ha recibido el nombre de “reportaje neutral”⁴⁷⁴ y ha sido tratada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de modo especial.

Ella podría, de una manera singular, consistir en un caso especial de información objetiva, donde la verdad concerniente al medio puede ser plena⁴⁷⁵. Si consideramos que ella misma, por el sólo hecho de haber sido emitida por un determinado tercero, tiene valor noticioso (independiente incluso de su veracidad), podemos concluir que el deber del informante podría limitarse a verificar el hecho evidentemente cierto de que una persona ha realizado ciertas declaraciones, sin obligarlo a hacerse cargo de su contenido, pues de esta se hace cargo su emisor⁴⁷⁶.

⁴⁷³ En muchos países existen disposiciones que sancionan como delito la negación de ciertos hechos históricos (en Francia, por ejemplo, así lo hace la ley Gayssot N° 90-615 de 13 de julio de 1990, que sanciona negar la existencia de uno o más de los crímenes señalados en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, y que fue invocada en este caso. Sin embargo, en nuestra opinión, si bien esta ley es real y significativa, no es relevante, dado que se encuentra severamente interferida por la temática nazi y la relativa cercanía a la segunda guerra mundial, por lo que no es justo ni correcto apreciar ni analizar al derecho desde esta perspectiva. Es sólo una expresión emocional de las cuales la realidad jurídica se encuentra colmada y que corresponde más bien a una expresión emocional grave sobre un punto traumático que a una materia que haya recibido un profundo y reposado análisis jurídico.

⁴⁷⁴ El término ha sido traducido literalmente del inglés. Pareciera más pertinente hablar de “información neutral”. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando “Responsabilidad de los periodistas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ*, Madrid (1993), p. 289.

⁴⁷⁵ La veracidad consiste en probar “la neutralidad respecto de los transcrito” (STC 134/1999 FJ 4). La veracidad, recibe, por tanto, un “tratamiento atenuado” (STC 144/1998, FJ 5).

⁴⁷⁶ STC 52/1996, FJ 3.

Sin embargo, esta posibilidad abriría una puerta a la difusión legitimada de prácticamente cualquier tipo de información, por fantástica o carente de fundamentos que esta fuera, exigiendo como única condición que ella sea emitida por un tercero y como tal se cite. Evidentemente, las posibilidades de montar campañas de prensa y de afectar intencionadamente derechos protegidos, se haría de esta forma intolerable.

Por otro lado, exigir a los comunicadores que soliciten a sus fuentes justificaciones sobre la seriedad o plausibilidad de sus afirmaciones, o peor aún, responder directamente por ellas, podría ejercer un efecto silenciador y limitar significativamente la posibilidad de acceder a dichas fuentes informativas y a los hechos que ellos ofrecen, muchas veces ocultos, complejos, polémicos y de gran interés. Esta realidad nos enfrenta a una situación de difícil solución.

Sin embargo, se han establecido algunos criterios que pueden servir de gran utilidad en el tratamiento de estas materias, aunque no exentos de diferencias y polémicas.

Por ejemplo, respecto a la posibilidad de provocar declaraciones en terceros (y que emitidas como tales corresponden a reportajes neutrales que eximen de responsabilidad al medio), la STC 134/1999 FJ 4 ha dicho que son legítimos y están protegidos por la garantía, incluso cuando haya pago, pues el criterio relevante debe ser la neutralidad. Sin embargo, el mismo tribunal ha señalado lo contrario en la STC 54/2004, de 15 de abril de 2004, al referirse, en su FJ 7, a las declaraciones provocadas y al periodismo de investigación⁴⁷⁷.

Asimismo, cuando existan indicios de falsedad de la información, el medio no podrá excusarse de responsabilidad amparado en la doctrina del reportaje neutral, pues este exige buena fe y una mínima verosimilitud en lo señalado⁴⁷⁸.

Una clara muestra de las tensiones y diferencias que se observan en la aplicación de esta doctrina, pueden verse en el caso *Jersild v. Dinamarca*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁷⁹.

En este, las fundamentaciones cruzadas realizadas por los jueces y las diferencias de criterio en ellas señaladas, muestran la complejidad del asunto en el que, por 12 votos contra 3 la Corte cuestionó las sanciones impuestas en Dinamarca a un periodista (Jersild) por las expresiones fuertemente descalificatorias contra los inmigrantes que sus entrevistados, un grupo de jóvenes autodenominado “greenjackets”, realizaron en un programa de televisión. Si bien la mayoría consideró que de la conducta del entrevistador quedaba clara su desvinculación con el grupo (párrafo 34), tres jueces consideraron que al menos era necesario agregar un párrafo de desaprobación (párrafo 3). Asimismo, en otra opinión

⁴⁷⁷ La parte pertinente de la STC 54/2004 se cita íntegramente más abajo. ORENES RUIZ, señala que sobre la misma materia puede observarse un nuevo cambio de criterio en la STC 53/2006, referida a casos de corrupción que involucraban a familiares de jueces, exigiendo que en el periodismo de investigación, cuando el propio medio provoca la noticia (...) que los hechos sean “de algún modo conocidos”. Sin embargo, esta exigencia fue retirada en la sentencia 139/2007, FJ 11. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 414, p. 129.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 132-133, citando a Salvador CODECH et al, “¿Qué es Difamar? Libelo contra la Ley del Libelo”, Madrid (1987), p. 29: “el reportaje neutral no ampara a Poncio Pilatos”. A su vez, no deben existir indicios de falsedad sobre lo comunicado (STC 41/1994, FJ 5).

⁴⁷⁹ CEDH N° 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 23 de Septiembre de 1994.

disidente, los jueces consideraron que el reportero no realizó ningún intento de controvertir los puntos de vista que se estaban exponiendo, lo cual debió haber hecho para que su impacto fuera compensado.

b.- El Tribunal Constitucional ante los reportajes neutrales

La jurisprudencia constitucional española se ha enfrentado en varias ocasiones a este tema, señalando uniformemente que la repetición de lo ya señalado por un tercero puede ser un hecho protegido por la libertad de información.

Para que ello sea posible, señala algunos requisitos o precisiones, que se suman a los tradicionales de veracidad (que en este caso se limita a la existencia e identidad del tercero) e interés público. Con estos requisitos, el informador podrá transmitir lo dicho por un tercero, quedando completamente cubierto frente a cualquier reclamo o exigencia de responsabilidad.

Con el objeto de analizar este tema y referirnos a estos requisitos, citaremos la STC 54/2004, FJ 7, que nos ha parecido la más completa sobre la materia. Por un lado, ella hace referencia a la STC 76/2002, FJ 4, que fijó los criterios a utilizar en estos casos, y por otro, porque la sentencia cuenta con dos votos particulares, que nos aportan puntos de vista parcialmente divergentes sobre la materia.

En la sentencia señalada, el Tribunal Constitucional sostuvo que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos: a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (STC 41/1994, FJ 4; y 52/1996, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b. b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4).

De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral⁴⁸⁰, y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación⁴⁸¹, sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, “de algún modo, conocido”.

Cuando se reúnen ambas circunstancias, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad. Como dijimos en la STC 76/2002, FJ 4, se señala que “en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido” (STC 232/1993 de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (STC 240/1992, FJ 7; y STC 144/1998, FJ 5)”; de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los

⁴⁸⁰ STC 144/1998, FJ 5.

⁴⁸¹ STC 6/1996, FJ 5.

señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria.

Luego, en su FJ 8, la misma sentencia señala que “(...) este Tribunal ha señalado que un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo, si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje” (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). A lo que añadiría, años más tarde, que si bien “la intención de quien informa no es un canon de veracidad”, la forma de narrar y enfocar una información sí que debe “tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero” (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

Luego, se detiene en la especial relevancia que los titulares, pues llegan a un grupo mucho mayor que los que atienden también a su contenido, por lo que no deben inducir a errores, para lo cual conviene que utilicen un tono preferiblemente neutro.

Así, señala el Tribunal Constitucional que “en la Sentencia recurrida se alude, sin mayores precisiones, a una denominada “teoría del derecho norteamericano del titular de prensa (headline)”. Pues bien, no cabe duda del decisivo papel que corresponde a los titulares de prensa en la transmisión de una noticia y en la subsiguiente configuración de la opinión pública. Ello es así, en principio, porque los potenciales destinatarios del titular son, por hipótesis, mucho más numerosos que los lectores de la propia noticia. Una circunstancia que se acrecentará cuando el titular se inserte en la portada de la publicación y, sobre todo, si en su confección se utilizan caracteres tipográficos desproporcionados. En efecto, como señalábamos en nuestra STC 178/1993, de 13 de octubre – evocada por la Sentencia del Tribunal Supremo en cuestión –, el derecho de información se extiende a la noticia “que no pasa de ser mero relato de hechos que viene encabezado por un titular igualmente limitado a narrar hechos, con la brevedad usual de los titulares” (FJ 3), pero no puede amparar titulares que, con la eficacia que les proporciona su misma brevedad, al socaire de un reportaje neutral, están destinados a sembrar en el gran público dudas sobre la honorabilidad de las personas aludidas.

c) El voto particular discrepante formulado por don Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA (presidente). Señala que “nuestra STC 178/1993, de 13 de octubre – evocada por la Sentencia del Tribunal Supremo en cuestión –, (afirma que) el derecho de información se extiende a la noticia “que no pasa de ser mero relato de hechos que viene encabezado por un titular igualmente limitado a narrar hechos, con la brevedad usual de los titulares” (FJ 3), pero no puede amparar titulares que, con la eficacia que les proporciona su misma brevedad, al socaire de un reportaje neutral, están destinados a sembrar en el gran público dudas sobre la honorabilidad de las personas aludidas”. En este caso particular, “la portada de la revista sembró en el gran público, tanto por las dimensiones de las letras utilizadas como por el texto llamativo, dudas sobre la honorabilidad del señor Múgica (...)”. Recuerdo lo que el Tribunal Constitucional afirmó en su STC 52/1996, de 26 de marzo, FJ 3: “Ciertamente la doctrina constitucional se ha referido al llamado “reportaje neutral” en aquellos casos en los que “no es posible calificar al medio mismo autor de la noticia” (STC 41/1994, FJ 6). Es decir, 'aquellos casos en que

un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan ser atentatorias contra los derechos del art. 18.1 C.E.” (STC 32/1993, FJ 3). No obstante, también se ha dicho que “un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo, si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje” (STC 41/1994, FJ 4”).

Finaliza señalando que a su parecer, “las dimensiones informativas de los titulares (que aparecieron en la portada) desvirtuaron la función del texto de mero transmisor de la noticia”, por lo que “el reportaje, publicado en la revista “Claro”, no estuvo amparado por el derecho de libertad de información”.

Por su parte, el Magistrado don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ presentó también un voto particular respecto del fallo y de algunos extremos de la fundamentación jurídica de la Sentencia, señalando que “2. Con independencia de la valoración jurídica que merezca la información recogida en el “cuerpo” del reportaje o artículo insertado en el diario “Claro”, el titular de portada que figura en éste resulta configurado textual y tipográficamente en términos tales que impiden considerarlo amparado por el derecho a comunicar libremente información veraz”.

Señala luego que “ha de observarse que, de acuerdo con lo apuntado en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, “un reportaje de contenido neutral pued(e) dejar de serlo, si se le otorga(n) unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje” (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4), y que “la forma de narrar y enfocar la noticia [deben] tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor” (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

Una mínima observación de la realidad y de la relevancia que en la sociedad actual adquiere la presentación gráfica de las informaciones en los medios de comunicación de masas ha de conducir necesariamente al reconocimiento de la extraordinaria fuerza que tienen en la formación de la opinión pública (o, si se quiere, en la opinión de una gran parte del público) los titulares de prensa, cuyos potenciales destinatarios y, en definitiva, efectivos lectores son mucho más numerosos e impresionables que los del “cuerpo” o texto desarrollado de las noticias que presentan. Y sin duda estas consideraciones alcanzan su más alto grado de intensidad cuando los titulares se insertan en la portada o “primera plana” de la publicación y se confeccionan con caracteres tipográficos desmesurados, hasta el punto de que, en una percepción normal, pueden hacer que en la práctica hayan de pasar desapercibidos los complementos o adiciones que en dimensiones mucho más reducidas los acompañen.

En el caso de la publicación sancionada por la Sentencia de la Sala del Tribunal Supremo respecto de la que se solicita el amparo del Tribunal Constitucional, aparece inserta en su portada, en caracteres cuya dimensión multiplica varias veces la de las restantes matizaciones o complementos que la acompañan, la siguiente frase: “Música ¿Untado con 45 millones?”. La composición tipográfica de esta primera plana del diario “Claro” hace que para una gran parte de quienes habían de resultar situados ante ella (y no puede desconocerse el hecho de que esta publicación periódica era objeto de distribución por repartidores en la vía pública,

que exhibían casi fugazmente sus ejemplares a los conductores de vehículos automóviles a través de las ventanillas de éstos) dicho titular adquiriera una dimensión sustantiva. Es decir, que transmitiera de por sí una información en la que se lanzaba una duda, para muchos lectores posiblemente incriminatoria, de que la persona aludida había sido corrompida o sobornada. Y el ataque a la dignidad personal del agredido se completaba con la inclusión en el llamativo titular de una fotografía en la que aparecía aquél con un gesto (un rictus de preocupación o angustia) que no puede menos que considerarse que lo presenta desfavorablemente.

Por todo ello cabe concluir que “el destacado o capital titular publicado en la portada del diario “Claro” tiene una significación propia que lo descontextualiza” (...) por lo que “no puede considerarse que constituya un ejercicio legítimo del derecho a comunicar libremente información veraz) art. 20.1 d) CE)”.

Un comentario final sobre los reportajes neutrales. La sola existencia de estas significativas disparidades de criterio entre jueces expertos y que forman parte de tribunales especializados, reflejan, a nuestro juicio, el carácter político (en oposición a técnico) y prudencial del trabajo sobre estas materias. Asimismo, ellas muestran que sobre estas materias no puede haber opiniones concluyentes y definitivas, por lo que su contenido sólo será determinable en sede judicial y mediante un ejercicio de balanceo, en el que el elemento subjetivo siempre estará presente.

A pesar de ello, los criterios señalados, por cuestionables e incompletos que sean, han permitido establecer cánones públicos de solución de controversias, permitiendo a los actores sociales anticiparse y conocer los criterios que pueden afectarles en casos posteriores. Así puede verse, por ejemplo, en la STC 158/2003, de 15 de septiembre de 2003, FJ 2, que niega la condición de reportaje neutral a la información periodística que vinculó el despacho de Abogados gibraltareños Triay-Triay con operaciones de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico, contrariando a lo sugerido por el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, el tono, las palabras y el medio utilizado, también puede influir en la determinación de la neutralidad del reportaje⁴⁸².

4.3.- Medidas estructurales adicionales para fomentar y facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de expresión e información y su veracidad

4.3.1.- Secreto profesional del periodista, anonimato y derecho a réplica

Muchas instituciones jurídicas existen con el mismo propósito de maximizar el ejercicio efectivo de la libertad de expresión y todos sus bienes asociados: autonomía personal, respeto, tolerancia, libre debate, fiscalización de las autoridades, amplio flujo de informaciones de interés público, libertad de pensamiento y de opinión, entre otros.

⁴⁸² STC 139/2007 FJ 4

a.- El secreto profesional del periodista (derecho de reserva de las fuentes informativas) y otros secretos profesionales

El secreto profesional del periodista lo demuestra a carta cabal. Corresponde a una institución única y anómala, y por lo mismo, debe ser distinguida de otros secretos profesionales, establecidos con fines y condiciones completamente diferentes.

Así, por ejemplo, existen algunas profesiones, como la del sacerdote, el abogado, el médico, entre otras, que requieren de un vínculo de confianza protegido para poder ejercerse. Sin que los clientes confíen en ellos y puedan comunicarles los aspectos más reservados de sus vidas, sería imposible su desarrollo, lo que comprometería un interés público interesa promover. En estos casos, es claro que la garantía del secreto está establecida principalmente en beneficio del cliente, pero también de su contraparte, y de la necesidad colectiva de facilitar la existencia misma de determinadas profesiones. Por ello, la divulgación de este tipo de secretos se sanciona, en algunos casos, incluso por la vía penal, y aun cuando los directamente afectados no manifiesten interés en hacerlo, dado que lo que se busca es proteger la confianza de la sociedad en la discreción de determinadas profesiones, ya que este factor es considerado esencial para un buen servicio.

La situación del periodista es diametralmente diferente, dado que generalmente no hay un vínculo de confianza entre informante y comunicador, y porque la propia naturaleza de la comunicación es lograr que cierta información sea hecha pública. Es decir, el secreto periodístico busca únicamente facilitar la entrega y circulación de información de interés público, especialmente en aquellos casos en que hay intereses comprometidos en ocultarla, que podrían acarrear consecuencias negativas a las fuentes que facilitan su conocimiento⁴⁸³. Gracias al secreto ofrecido por el periodista a su fuente, logramos que ciertas informaciones que naturalmente tenderían a mantenerse en la opacidad, salgan a la luz pública.

Finalmente, debemos decir que no habiendo un vínculo de confianza previo, y siendo el mayor interés protegido el de la circulación de la información y no el de la reserva, se trata más propiamente de un derecho de reserva de las fuentes, al que el periodista podría incluso renunciar en forma voluntaria y sin sanción legal alguna.

⁴⁸³ Se ha discutido si este secreto debe tener o no carácter absoluto. Si bien esta discusión daría mérito a un largo desarrollo, podemos anticipar algunos criterios. En primer lugar, dado que el objetivo primordial es asegurar que ciertos hechos de interés público sean conocidos, quien entrega la información no puede asegurar su anonimato cuando su propia identidad forma parte relevante de la propia información. Dado que la determinación de este hecho sólo puede corresponder al periodista (que actuará de acuerdo a criterios éticos y profesionales al respecto), el secreto del periodista se estructura antes como un derecho que como un deber, al menos desde un punto de vista legal. Por otro lado, no parece justificado que el periodista deba revelar sus fuentes para ayudar al desarrollo de investigaciones judiciales, ya que los fines y propósitos de unos y otros son opuestos y parcialmente contrarios. Dado que no es obligación ni misión de la prensa realizar investigaciones policiales, pues no todos los bienes sociales quedan entregados en su realización a todas las personas e instituciones. Estimamos que no podría, bajo casi ninguna circunstancia, obligarse al periodista a revelar una fuente que quiere mantener bajo reserva, o sancionarlo por ello, dado el efecto inhibitorio de la información que podría generar.

b.- Distinción entre el secreto profesional y otros tipos de situaciones que operan como una limitación a la libertad de expresión y de información

Existen otros tipos de situaciones que restringen la libertad de expresión y que constituyen figuras similares a la del secreto, aunque fundadas en otras razones. Algunas de ellas son de origen privado o contractual (como el secreto bancario, aunque algunos hayan querido equipararlo a una necesidad de confianza y reserva, como la que exige la profesión de médico o abogado⁴⁸⁴). Otras derivan de ciertas obligaciones de reserva y que nacen de determinado tipo de relaciones, como la que puede darse entre dos personas que mantienen un vínculo laboral y se deben por ello lealtad y buena fe⁴⁸⁵.

Finalmente, hay algunas restricciones impuestas por un interés público superior, como sucede, por ejemplo, en los secretos militares y otras situaciones (funcionarios de la administración pública que toman conocimiento de determinada información íntima o reservada, etc.).

4.3.2.- Anonimato

Las mismas razones que justifican la protección de las fuentes informativas están detrás de la tolerancia a la presentación de escritos y denuncias anónimas. Bien sabemos que muchas veces ellas pueden contribuir significativamente al conocimiento de hechos relevantes que de otra forma estarían ocultos, sirviendo a los intereses de la información y de la justicia (persecución criminal, etc.). En este caso, la pérdida de un elemento informativo (el autor) y la mayor irresponsabilidad que puede implicar, se justifican plenamente al compararlos con la importancia de los bienes jurídicos que se privilegian.

El anonimato también ha servido para la denuncia y la libre difusión de ideas, constituyendo una herramienta ampliamente utilizada en la historia reciente⁴⁸⁶, y que de alguna manera incluso alcanza al sufragio secreto. Ante esta situación puede decirse lo mismo que lo ya dicho respecto a la reserva de las fuentes informativas, pues puede ser importante asegurar a quien se comunica de esta manera una especial protección frente a represalias y hostilidades.

La única razón que hace necesario conocer la identidad del autor de un mensaje es la posibilidad de que éste haya incurrido en algún hecho ilícito y se requiera establecer responsabilidades ulteriores. Frente a estos casos, el Estado deberá adoptar las medidas que permitan establecer la identidad del autor y se impongan las sanciones correspondientes, pero en ningún caso deberá impedirse de antemano la comunicación de este tipo de mensajes, pues ello podría implicar una restricción a la existencia misma de la información.

⁴⁸⁴ Ver Alejandro VERGARA BLANCO, "El Secreto Bancario. Sobre su Fundamento, Legislación y Jurisprudencia", Editorial Jurídica de Chile (1990).

⁴⁸⁵ En la CEDH N° 17488/90, *Goodwin v. Reino Unido*, de 27 de marzo de 1996, párrafo 44, se consideró válido el despido justificado en la divulgación, por parte del trabajador, de información interna de la empresa.

⁴⁸⁶ *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960).

Por tal razón, estimamos que las expresiones anónimas deben gozar, en general, de amplia protección constitucional⁴⁸⁷.

4.3.3.- El derecho de rectificación, réplica o respuesta como una herramienta de acceso a la información y contribución a la calidad de la información

El derecho a rectificación, réplica o respuesta tiene diversos fundamentos, y contribuye también a garantizar un goce más efectivo y completo de la libertad de expresión y de información.

Se han presentado diferencias en cuanto a la titularidad de su ejercicio, comprendiéndose a veces como un derecho individual, y otras como un derecho establecido en función del interés colectivo existente detrás del adecuado conocimiento de ciertos hechos. Sin embargo, generalmente serán los directamente afectados por dicha información quienes tendrán un mejor derecho de reclamarla⁴⁸⁸.

Por otro lado, el derecho a réplica contribuye, aunque con limitada capacidad, a reforzar el pluralismo en la entrega informativa, al garantizar el acceso a los medios a quienes son aludidos en forma inveraz y gravosa, evitando las campañas de desinformación y manipulación por parte de los controladores de los medios.

Por lo mismo, la sola existencia de este derecho opera como un eficiente control preventivo de la actividad periodística, pues el ejercicio del derecho a réplica o rectificación será necesariamente percibido por muchos como una prueba de su negligencia en la entrega informativa (una suerte de sanción), dañando la credibilidad y prestigio de quien la emite.

Finalmente, el derecho a réplica puede considerarse una adecuada compensación institucional a la prohibición de la censura, pues obliga a los comunicadores a hacerse responsables de lo que informan, a la vez que garantiza que las informaciones falsas sean corregidas⁴⁸⁹.

a.- Reconocimiento normativo

El derecho a réplica ha recibido diferentes formas de reconocimiento normativo⁴⁹⁰, pudiendo decirse incluso que este se encuentra presente en aquellos ordenamientos que no lo han recogido en forma expresa, como sucede por

⁴⁸⁷ *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

⁴⁸⁸ En España, la ley 2/1984 en su artículo 1 señala que este derecho corresponde a toda persona que sea aludida y perjudicada por la publicación de información inexacta. Conviene recordar también, al respecto, los criterios sentados por la doctrina Gertz, en cuanto a que la protección que se dé a los actores que tiene una mejor capacidad de responder a las críticas y acusaciones sin necesidad de recurrir a la justicia, será más restringida.

⁴⁸⁹ Sin embargo, es común que los afectados prefieran el silencio y el pronto olvido antes que ejercer este derecho.

⁴⁹⁰ La Convención Americana, en cambio, lo menciona expresamente en su artículo 14. En otros lugares, como por ejemplo España, sólo ha recibido reconocimiento legal (LO 2/1984).

ejemplo en la Convención Europea⁴⁹¹ y Americana⁴⁹². En otros ordenamientos jurídicos este derecho ha recibido consagración legal, como por ejemplo en España⁴⁹³, pero también podrá tener el carácter de normas “tácitas o implícitas”, obedeciendo más bien a una construcción jurisprudencial.

Cabe destacar que la necesidad de regulación de este derecho no puede condicionar o suspender su ejercicio. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la regulación sólo puede referirse al modo de ejercicio (plazos, formatos, etc.)⁴⁹⁴.

b.- Riesgos asociados a una utilización inadecuada (expansiva) del derecho a rectificación, réplica o respuesta

Debemos ser conscientes que el uso extensivo del derecho a réplica puede generar numerosos inconvenientes, los que incluso podrían afectar el adecuado ejercicio de la libertad de expresión e información.

Si se concediera este derecho en base cualquier imprecisión informativa, podría provocar un efecto de reducción en la entrega de noticias, deteriorando el proceso de formación de la opinión pública. Ello, sin siquiera pensar qué podría significar el hecho de que un porcentaje importante de lo publicado fuesen réplicas generadas y definidas por terceros ajenos al medio, en materia de costos (y menor tiraje), y de control de la información.

Por ello, el derecho a réplica debiera concederse en forma excepcional y sólo allí donde la falta de información adecuada genere un daño grave a las personas aludidas o donde lo comunicado pueda generar una comprensión de la realidad severamente desajustada⁴⁹⁵.

De esta manera, las decisiones editoriales que excluyan ciertos contenidos o presenten la noticia de una manera que resulte molesta o incluso abusiva para muchos no debiera ser motivo para ejercer este derecho. Obviamente, tampoco procederá en caso de opiniones.

Demás está decir que las limitaciones existentes frente a la aplicación expansiva del derecho a réplica no impedirán el ejercicio de las demás acciones civiles y penales que ordinariamente ofrece el derecho, las que incluso subsistirán aún en los casos en que sea concedido.

⁴⁹¹ *Andreas Wabl v. Austria*, Sentencia del 21 de marzo de 2000, párrafo 42. Además, *Jacobowski v. Alemania*, Sentencia del 26 de mayo de 1994.

⁴⁹² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14 (aunque no todas las traducciones parecen tener el mismo sentido).

⁴⁹³ En España, este derecho ha sido regulado expresamente por la ley orgánica Reguladora del Derecho de Rectificación N° 2/1984, que regula su ejercicio, por parte del agraviado, por la vía de la presentación de un escrito dirigido al director del medio dentro de los 7 días siguientes, quien deberá publicarlo dentro de 3 días en un espacio de similar relevancia al utilizado por la información que se corrige, sin ningún tipo de comentarios (artículo 2). Si la rectificación fuese denegada, el solicitante tendrá 7 días para reclamar judicialmente su derecho.

⁴⁹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86, sobre *exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (1986), párrafos 27, 28 y 33.

⁴⁹⁵ *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

Finalmente podemos agregar que el derecho a réplica es un derecho instrumental, por lo que no es extraño que tenga una capacidad limitada y sólo auxiliar en el propósito de dar efectividad a la libertad de información. Además, enfrenta desafíos que no resultan fáciles de resolver, como por ejemplo sucede frente a los soportes tecnológicos que permiten difundir informaciones sin base cierta, en forma masiva, a bajo costo y muchas veces bajo cierto anonimato (al menos en cuanto a la posibilidad real de ejercer acciones civiles o penales).

Hemos visto que instituciones como el derecho a réplica o a rectificación buscan corregir parcialmente esta situación, y otras, como el secreto profesional y la protección de las fuentes informativas, permiten al periodista realizar una adecuada indagación en forma rápida, desregulada y protegida. Pero sólo podrán ser las personas, los titulares del derecho a ser informados, quienes podrán sancionar la pérdida de credibilidad, aunque siempre a través de actos privados (disminución de rating o sintonía, pérdida de influencia, avisadores y suscriptores, entre otros).

Como sabemos, ellas tendrán importantes consecuencias y operarán de alguna manera como sanciones hacia los informadores que muestren un comportamiento subóptimo, derivadas de la menor sintonía, lectoría, suscripciones, avisaje, prestigio, credibilidad, entre otras, las que motivarán a los medios a vigilar atentamente el cumplimiento de estos objetivos⁴⁹⁶. En general, ello ha llevado a los medios a ser cuidadosos con la entrega de la información más sensible, lo que ha llevado a muchos a crear una sólida estructura profesional y técnica que lo permita.

Por otro lado, tampoco podemos desdeñar lo señalado desde muy temprano por autores como MILTON, MILL y otros, respecto a la imposibilidad de la certeza, lo que da legitimidad y propósito a toda información, incluso errónea, en el proceso de búsqueda de la verdad⁴⁹⁷. Del mismo modo, no todos los errores deben ser tolerados, como sucede cuando la información sea entregada con malicia o manifiesto desprecio por la verdad⁴⁹⁸. A contrario sensu, cumpliéndose este requisito, la verdad o falsedad de una información resultará irrelevante⁴⁹⁹.

Este criterio ha sido recogido por el Tribunal Constitucional Español⁵⁰⁰ y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰¹, constituyendo uno de los

⁴⁹⁶ Además está decir que estas razones también podrán propiciar la incorporación a los medios de contenidos vinculados con el entretenimiento, la farándula, y otros que puedan captar la curiosidad y atención del público.

⁴⁹⁷ “Debe ser admitido que el caso de los hechos y el caso de las opiniones no son precisamente similares. Las opiniones falsas deben ser toleradas en la búsqueda de la verdad: es imposible dibujar una línea por la que opiniones verdaderas y falsas puedan separarse unas de otras. No hay una razón equivalente para permitir la publicación de declaraciones falsas de hechos. La verdad o falsedad de un hecho no es una cuestión de opinión, sino de pruebas”. John STUART MILL, *“Law of Libel and Liberty of the Press”*, en John M. ROBSON, ed., *Collected Works*. Vol. XXI. *Essays on Equality, Law, and Education*, London, Routledge (1996) (1ª publicación, 1825), p. 14.

⁴⁹⁸ *New York Times Co. V. Sullivan* (Nº 39) 273 Ala. 656, 144 So.2d 25.

⁴⁹⁹ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 414, p. 120.

⁵⁰⁰ Una sentencia clara en este sentido parece ser la STC 99/2011, cuando analizó la posible afectación a los derechos de una persona, al ser vinculada con una red de prostitución. Al respecto, en su FJ 2, señala que “este Tribunal ha reiterado que la libertad de información está constitucionalmente amparada siempre que se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y que dicha información sea veraz, toda vez que este derecho es una pieza esencial tendente a garantizar la formación de una opinión pública libre, lo que justifica que se exija su veracidad atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir información,

fundamentos o pilares conceptuales de la concepción dominante de la libertad de expresión e información a nivel global. Por ello, nos referiremos a este punto con mayor detención.

4.4.- Titularidad de la libertad de información

La libertad de información ofrece dos modalidades de titularidad, ambas asociadas, pero en diferente medida, a sus facetas de derecho individual y de garantía institucional.

La primera está referida al derecho a comunicar libremente informaciones veraces sobre asuntos de interés público, es decir, con el acto positivo de informar y que resulta constitucionalmente protegido. En comparación con la libertad de expresión, los requisitos exigidos para este derecho son mayores, y se justifican en la especial protección que entrega a quienes lo ejercen.

Además, a los ya señalados de veracidad e interés público puede agregarse como exigencia adicional la necesidad de una audiencia real a la que el mensaje vaya dirigido (elemento que no es necesario en la libertad de expresión), pues el ejercicio de este derecho no puede entenderse sin un destinatario colectivo. Quedará dentro de la esfera de libertad del titular determinar la forma y modo de realizar la comunicación, así como al hecho de hacerlo o no hacerlo.

La segunda modalidad de la titularidad aparece en general menos mencionada que la recién expuesta, quizá por escapar a la lógica general de los derechos individuales⁵⁰², vinculándose, por el contrario, a los intereses sociales, colectivos, y a mayor abundamiento, pasivos.

En concreto, existe una forma de ejercer este derecho de la que es o son titulares los destinatarios de la información, es decir, una comunidad de personas, y que se funda en la necesidad de que tiene la sociedad, los diferentes subgrupos que la conforman de la misma, y finalmente cada individuo, de contar con información suficiente para desarrollarse y vivir adecuadamente (que en una sociedad democrática incluye las actividades de los ciudadanos: opinar, sufragar, plantear propuestas y críticas, ser elegido, entre muchas otras). En virtud de este derecho, cualquiera de los integrantes de la sociedad puede exigir su derecho a recibir información y de acceder a la que otros emiten, al menos en cantidad suficiente para poder desenvolverse de acuerdo a lo arriba planteado⁵⁰³.

debiendo rechazarse la trasmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas.

⁵⁰¹ La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, señala en su punto 10 que las restricciones a la libertad de expresión “deben probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

⁵⁰² Lo señalado constituye una nueva diferencia de la libertad de expresión (ni en los otros derechos consagrados en el artículo 20.1 CE), que en esto no establece condicionamiento alguno, permitiendo al titular diferenciar y seleccionar audiencias libremente.

⁵⁰³ En algunos sistemas, donde no hay diferenciación expresa entre libertad de información y expresión, esta doble dimensión del derecho se plantea desde la retórica de la libertad de expresión, como puede verse en la sentencia de la CIDH, *Ivcher Bronstein v. Perú*, sentencia de 6 de Febrero de 2001, párrafo 148.

Al concebir de esta manera doble la titularidad de este derecho, se realza el carácter institucional y finalista de la información, así como su importancia, que justifica la especial protección de que es objeto. Al mismo tiempo, al restringir éste derecho no sólo se afecta a quien se le impide informar, sino a toda la sociedad⁵⁰⁴.

4.4.1.-La información como un derecho de la comunidad (titularidad pasiva)

Las dos modalidades arriba señaladas vuelven a mostrar la importancia y relevancia de la dimensión institucional en que se funda a este derecho, que pone mucho más el acento en el resultado del ejercicio de la actividad. De hecho, para algunos autores “la libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse”⁵⁰⁵, perspectiva desde la cual no podría considerársele sin más como un derecho “pasivo”.

Por ello, el objeto protegido por el art 20.1 letra d) Constitución Española sería primordialmente que ciertas informaciones lleguen sin trabas a una masa relevante de receptores, recalcando el hecho de que para la democracia y la vida moderna, el acceso a información suficiente y de calidad es una necesidad fundamental, un bien básico⁵⁰⁶.

Si lo anterior parece cierto, proveer de este bien a la población sería una prioridad pública y merecedora de una especial tutela y actividad estatal. De alguna manera, ello es lo que se reconoce la propia existencia de la libertad de información como derecho, así como de todas las demás instituciones que buscan el mismo objetivo, como el derecho a rectificación, el secreto profesional, entre otras.

Desde el punto de vista de su función institucional y del derecho de la comunidad, el hecho de que la información vaya dirigida a una audiencia más o menos masiva deberá considerarse, junto con otros factores, a la hora de graduar la protección de este derecho, así como de establecer restricciones, regulaciones y limitaciones.

De hecho, podría también sostenerse que, a diferencia de lo que sucede con el ejercicio de la libertad de expresión, sin una audiencia real a la que las comunicaciones vayan dirigidas, no es posible invocar la libertad de información.

Esto es así porque la existencia de un destinatario colectivo de la información realiza de manera más satisfactoria los objetivos de la protección constitucional, pues “aquello que es informado (...) atañe a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, teniendo por ello derecho a conocerlo”⁵⁰⁷.

Por el contrario, si el destinatario de la información fuera sólo un individuo, la formación de una “opinión pública”, sobre todo si esta se refiere a un asunto de interés común, no se vería beneficiado, por lo que la especial protección dada a la

⁵⁰⁴ STC 13/1985, FJ 2.

⁵⁰⁵ Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1991), ob. cit., nota 96, p. 81. Este autor toma la expresión de la jurisprudencia y doctrina alemana.

⁵⁰⁶ Cabe señalar que este énfasis en el receptor de las acciones comunicativas, también protegidas, es algo que no se observa en el resto de los derechos constitucionalmente protegidos, que naturalmente también pueden tener importantes efectos en terceros (por ejemplo, libertad de empresa y empleo, crecimiento económico, libertad de cátedra y el derecho a ser educado, etc.).

⁵⁰⁷ BUSTOS utiliza la expresión “ciudadanos”, pero creemos que debe ser entendida en un sentido amplio, no jurídico. Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 281.

información no tendría sentido (salvo que ello se realice como un paso dentro de un proceso mayor de transmisión de los mismos a la comunidad). Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “(...) el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social”⁵⁰⁸.

Del mismo modo, la comunicación a un solo destinatario frustraría otros objetivos tutelados, como el de convertir a la prensa en el “perro guardián de la democracia”, pues su vigilancia sólo puede ser de utilidad en cuanto la comunidad se haga eco de sus “ladridos”⁵⁰⁹.

Esta exigencia deberá ser considerada especialmente en los casos donde sea necesario realizar ejercicios de balanceo, pudiéndose, por ejemplo, ofrecer una mayor amplitud de protección (activa) en aquellos casos en que el número de personas informadas sea mayor⁵¹⁰.

4.4.2.- La libertad de información como derecho individual (titularidad activa)

Por otro lado, tenemos el derecho a entregar información en forma activa y libre, lo que supone un derecho individual a ejercer este derecho (o no hacerlo) y a configurar los contenidos de la misma en forma libre.

Como sucede con todo derecho fundamental, su titularidad es universal y corresponde a todas las personas, aunque es evidente, e incluso razonable -sobre todo bajo las circunstancias de la vida social y económica moderna – que sea ejercido en mucha mayor medida e intensidad por un grupo reducido de individuos⁵¹¹, que se entrenan y organizan para ello, utilizando las garantías de este derecho para el mejor desarrollo de sus actividades profesionales⁵¹². Pero el hecho de que el derecho sea ejercido más intensamente por algunos no afecta en modo alguno la titularidad jurídica que todos tenemos sobre el mismo⁵¹³.

⁵⁰⁸ STC 6/1981, FJ4.

⁵⁰⁹ Sobre el particular, ver las sentencias del CEDH N° 13585/88, *The Observer and Guardian v. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, párrafo 59. También la correspondiente al caso CEDH N° 23144/93, *Özgür Gündem v. Turquía*, de 16 de marzo de 2000, párrafo 58.

⁵¹⁰ En ellas el derecho se ejerce este derecho más intensamente, pudiendo justificar, en algunos casos, privilegios o medidas especiales. Un claro ejemplo de esta situación se presenta ante un hecho que sólo pueda ser presenciado por un número limitado de medios, como ocurre por ejemplo con los juicios orales.

⁵¹¹ “Es lógico, por tanto, que los periodistas sean los que normalmente ejerzan este derecho, aunque, por supuesto, nunca implique que el resto de ciudadanos no pueda ejercer tal libertad”. Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 274.

⁵¹² Puede verse acá la clara conexión existente entre la libertad de información y el derecho a crear medios de comunicación, que es un derecho de tipo empresarial.

⁵¹³ STC 6/1981, FJ4: “La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos (...). Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d). El derecho a comunicar (...) es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica”.

Sin embargo, este hecho tiene algunas consecuencias prácticas, sobre todo a la hora de realizar ejercicios de ponderación o balanceo. De esta forma, a la hora de establecer prioridades y privilegios frente al acceso a cierto tipo de informaciones o lugares, como sucede por ejemplo cuando no es posible asegurar un acceso general e igualitario a un evento de interés general (la vista de una causa judicial, el lanzamiento de un cohete, el juramento o toma de posesión del cargo de una autoridad, etc.), es razonable que se prefiera a quienes tienen una mejor capacidad para difundir esta información. E incluso más, dentro de este grupo, probablemente se privilegien a quienes cuentan con la capacidad de transmitir la noticia en mejor forma y a un mayor número de personas (por cierto que podrían concurrir también otras circunstancias).

Del mismo modo, en general se considera que quienes han convertido del periodismo en una especialidad, cuentan con más información y mejores medios para garantizar la calidad de la noticia y el respeto de otros derechos, por lo que los estándares exigidos a los mismos son más elevados⁵¹⁴.

Estos ejemplos nos recuerdan, una vez más, que en este derecho el elemento institucional es más intenso que en otros derechos, y concretamente, más intenso que en la libertad de expresión. Por ello, se puede justificar la existencia de regulaciones o medidas especiales y funcionales, orientadas a la realización de este objetivo⁵¹⁵, y que establezcan condiciones privilegiadas a quienes tienen una capacidad superior de realizar este fin. De hecho, la propia consagración de este derecho en forma diferenciada a la libertad de expresión es una prueba del objetivo y el compromiso constitucional de velar por la existencia de una opinión pública informada.

Lo anterior nos permite reiterar que este tipo de diferenciaciones o privilegios no modifica la titularidad originaria de este derecho, sino que ello sólo obedecería a un ejercicio de ponderación de bienes, que será realizado normalmente por el juez o el legislador.

SOLOZABAL llama la atención en el hecho de que el Tribunal Constitucional alemán, como ya se ha señalado, incorpora a la protección conferida institucionalmente a la prensa a todos los intervinientes en el proceso de elaboración de la información y no solo a sus comunicadores manifiestos. Como se indica en la sentencia *Nordrhein-Westfalen*, “la especificidad institucional de la prensa permite la garantía de todas las actividades comprendidas desde la creación de la información hasta la difusión de la noticia y de la opinión”. Así, el lado objetivo de la libertad de prensa comprende también la mera información de hechos y sobre todo lo que típicamente pertenece a las empresas de prensa, incluyendo las actividades auxiliares”. Juan José SOLOZABAL ECHAVARRIA (1991), ob. cit., nota 96, p. 106.

⁵¹⁴ STC 6/1981, FJ 3 señala que pese a la universalidad del derecho, podría existir “(...) una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven”. Esta especial capacidad para “producir noticias de calidad” ha sido un argumento habitualmente utilizado por quienes quieren limitar el ejercicio de la misma a un grupo limitado de personas, transformando una ocupación (el periodismo) en un estatus o condición habilitante (ser periodista), con la cual se quiere excluir de su ejercicio a otras personas. Históricamente ello ha ocurrido en numerosas oportunidades, y de tanto en tanto hay presiones de los gremios de periodistas por la exigencia de título u otro requisito habilitante.

⁵¹⁵ BUSTOS pone en evidencia cómo en el artículo 20 de la CE se ordena regular la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas. Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 271.

Es importante recalcar que si bien las circunstancias y los objetivos protegidos pueden justificar algunos privilegios, ellos deben ser considerados como opciones de carácter funcional, estratégico, circunstancial y excepcional⁵¹⁶, pues desde una perspectiva de justicia, ni la exclusión ni los privilegios son óptimos, debiendo ser por definición transitorios y revisables. Por mucho que la realidad y la práctica nos acostumbren a ellos, bajo ningún respecto puede pensarse en derechos preferentes permanentes⁵¹⁷, ni menos que ellos se fundamentan en el sólo estatus de la persona que realiza la cobertura informativa.

Así lo ha entendido claramente el Tribunal Constitucional, señalando que “no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado”⁵¹⁸.

En el mismo sentido debe entenderse lo señalado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto a que esta libertad alcanza su máximo nivel de protección cuando es ejercida por los profesionales de la información, a través de la prensa⁵¹⁹, pero no puede derivarse de ello privilegio alguno⁵²⁰. La sola frecuencia de uso no genera mejores derechos⁵²¹.

Una opinión relevante y e influyente en estas materias ha sido la emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al ser consultada por el Gobierno de Guatemala sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria como requisito para ejercer el periodismo. Sobre el particular, la Corte señaló que su exigencia importaba una restricción a la libertad de expresión, pues este constituye un derecho universal⁵²². Por lo mismo, no podrían establecerse privilegios de tipo

⁵¹⁶ El único objeto que bajo esta perspectiva podría tener la restricción del derecho de algunos en beneficio de otros estará siempre dado por el principal objetivo constitucional buscado es privilegiar el conocimiento y la difusión de asuntos de interés público.

⁵¹⁷ El óptimo siempre será garantizar el acceso masivo y directo, sin privilegios de ningún tipo. En caso de que ello no sea posible, sería posible establecer, luego de un ejercicio de balanceo, algunas restricciones y privilegios frente al ejercicio de este derecho por parte de determinados titulares, siempre que ellas beneficien la calidad de la información a la que pueda acceder un mayor número de personas. Es decir, cualquier “privilegio” que sea entregado a un profesional de la información debe ser entendido en cuanto a que este es un medio que facilita la difusión de la información.

⁵¹⁸ STC 30/1982, FJ 4. El caso tratado hacía alusión a la vista pública del juicio generado por el fallido golpe de Estado de 23 de febrero de 1981; STC 165/1987, FJ 10; y STC 219/1992, FJ 2.

⁵¹⁹ STC 165/1987, FJ 9; y STC 176/1995, FJ 2 y FJ 6.

⁵²⁰ STC 6/1981, FJ4: “Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no deriva de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información”. En el mismo sentido, STC 168/1986 FJ 2.

⁵²¹ GARCÍA GARCÍA, José Francisco, (2014) op. cit. en nota 512, p. 39.

⁵²² CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas* (1985), párrafo 81: “De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda

legal (permanentes) partiendo de una diferenciación entre “periodistas” y otras personas⁵²³.

Por todo lo anterior, la profesión de periodista estaría vinculada antes con un oficio real que con un título universitario o una inscripción en un determinado organismo o cuerpo colegiado. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁵²⁴.

Finalmente, cabe señalar que algunos roles sociales podrían implicar restricciones a la posibilidad de ejercer este derecho. Así debe entenderse lo sostenido por la STC 14/2003, FJ 6, cuando señala que “(...) los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo⁵²⁵, pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos⁵²⁶.”

persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas (...). En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad”.

Sin embargo, la opinión de la misma frente a la existencia de colegios profesionales fue más bien positiva, pues ella “constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas”, por lo que la exigencia de una colegiatura obligatoria podría no ser contraria a la Convención Americana.

⁵²³ CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas* (1985), párrafo 74. Asimismo, habrá circunstancias en que los propios objetivos institucionales vinculados con ofrecer información de calidad aconsejen la participación de otros profesionales en la generación y entrega de noticias. Así parece confirmarlo la STC 286/1993, de 4 de octubre, que en su FJ 5 señala que “parece adecuado que quien se ocupa de la información relacionada con los procesos sea un profesional que por su condición de abogado, en modo alguno incompatible con la de informador, y su conocimiento técnico de la materia, está en condiciones de contribuir de forma más adecuada a la formación de una opinión pública libre”.

⁵²⁴ STC 165/1987, FJ 10 afirma que no puede entenderse que “(...) la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio (...)”.

⁵²⁵ Cita para ello las STC 6/1981, 4; STC 105/1983, FJ 11; STC 168/1986, FJ 2; STC 6/1988, FJ 5; y STC 223/1992, FJ 2.

⁵²⁶ En relación con la libertad de expresión, STC 185/1989, FJ 4; STC 254/1993, FJ 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero. Luego agrega, que la STC 254/1993, en su FJ 7 señala que la información que las Administraciones públicas recogen, conservan y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser, además, adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de conductas ilícitas, incluyendo cualquiera de la variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares. En este sentido, con base en las mismas razones que las esgrimidas en relación con la libertad de expresión, ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del mencionado Auto, respecto a la titularidad por los instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d CE (ATC 19/1993, de 21 de enero).

Estas restricciones están directamente relacionadas con el rol social y con las expectativas y definiciones que se hacen del mismo, por lo que rara vez serán permanentes (estarán vinculadas al mantenimiento de dicha posición institucional). Por ello, no parece que pueda considerarse una excepción a la definición de la titularidad de este derecho como universal.

4.4.2.1 Capacidad de satisfacer los derechos de los titulares pasivos del derecho a la libertad de información como un elemento relevante a la hora de obtener protección en el ejercicio activo del mismo

Si lo que determina la condición de periodista es el ejercicio efectivo de un oficio, y este requiere de medios apropiados para hacerlo (en cuanto requiere la posibilidad de acceder a una audiencia), su configuración será un hecho, relativo a la capacidad efectiva que se tenga para comunicar información a un colectivo, y de esa manera, incorporarla dentro del flujo de información de la opinión pública.

En caso que esta condición no sea posible de materializar, el acto comunicativo no podría ser considerado un ejercicio de la libertad de información, por mucho que la intención del actor haya sido diferente. Este punto es especialmente relevante, porque exige una condición material, vinculada al resultado, para ofrecer protección constitucional.

En las sociedades contemporáneas ello podría traducirse en un asunto complejo, pues el ejercicio pleno del derecho exigirá, en la práctica, el acceso a los medios, y esto no será fácil, sobre todo para quienes carecen de influencia y recursos para ello.

Esta realidad, jurídica y práctica, llevará a muchas personas a acercarse a quienes sí cuentan con la capacidad de ejercer este derecho en forma vigorosa: periodistas, agencias de noticia, líderes de cualquier especie, entre otros. Por ello, la protección de la libertad de información se extiende a toda la cadena de generación de la

Por su parte, la STC 101/2003 en su FJ 3 sostiene que “(...) las personas que ostentan la condición de funcionarios (...) habrá que tener muy en cuenta la posición institucional del supuestamente ofendido. Luego, en su FJ 4 agrega que “(...) la doctrina de este Tribunal sobre la libertad de expresión de los funcionarios que se inició con la STC 81/1983, de 10 de octubre, en la que se declaraba que si bien "en una primera etapa del constitucionalismo europeo (...) solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (...) al uso de determinadas libertades y derechos", tras la Constitución española de 1978 hay factores que "contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano". Obviamente esa libertad estará sujeta a límites, pero ellos “dependerán de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate. También tendrá relevancia el que la actuación tenga lugar en calidad de ciudadano o de funcionario y el que la misma ponga o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores y comprometa el buen funcionamiento del servicio.

La STC 69/2006 referida a las críticas realizadas en forma pública por un Ministro a sus funcionarios, señala, en su FJ 4 que las instituciones públicas tienen una libertad de expresión restringida en comparación con el resto de los ciudadanos, pues, “mientras aquéllos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados” (FJ 2) (cita para ello al ATC 19/1993, de 21 de enero). Cabe señalar que esta sentencia tiene un interesante voto particular, formulado por el Magistrado Pascual Sala Sánchez.

noticia, y no sólo a quienes las comunican, reconociendo además que la información requiere diferentes etapas de preparación, incluyendo las de tipo técnicas, y que también se encuentran protegidas.

Los medios de comunicación también son considerados como intermediarios o piezas de un engranaje que cada vez es más sofisticado y complejo, y que involucra a un número significativo de personas. Puede señalarse, también, que los medios organizados y especializados, y quienes colaboran con ellos, cuentan con ventajas comparativas para ejercer este derecho en plenitud, entre otros, dado su acceso privilegiado a un mayor número de fuentes, el conocimiento de la normativa legal aplicable, destrezas expresivas, entre otros⁵²⁷.

Por ello, BUSTOS GISBERT señala que el sujeto activo (o emisor) de la libertad de información “es, en principio, todo ciudadano que por su profesión, oficio, cargo o simple conocimiento directo de determinados hechos, dotados de tal relevancia que aconseje su transmisión a la opinión pública, tenga acceso (directo o indirecto) a los medios de comunicación social para su posterior difusión a la colectividad”⁵²⁸.

4.4.2.2.- Protección de las actividades auxiliares

El derecho a informar protege todas las instancias necesarias para su realización, lo que lo diferencia también de la libertad de expresión, cuyo contenido protegido es en este aspecto menor. Por tanto, quedan cubiertas las actividades de búsqueda, elaboración, difusión, e incluso la de creación de medios de comunicación, todo lo cual extiende la titularidad del derecho a un universo mayor.

⁵²⁷ Sin embargo, hay numerosas sentencias de distinto tipo que dan cuenta de un uso inadecuado de este derecho por parte de periodistas profesionales (STC 105/1990; y STC 172/1990), así como de un uso legítimo del mismo por ciudadanos comunes (STC 6/1988; y STC 126/1990).

⁵²⁸ Rafael BUSTOS GISBERT (1994), ob. cit., nota 127, p. 273.

TERCERA PARTE

CAPÍTULO IV: JUSTICIA Y MEDIOS. ANÁLISIS DE LAS TENSIONES EXISTENTES ENTRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA ACTIVIDAD INFORMATIVA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS CONFLICTOS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

I.-Algunos Derechos Y Bienes Juridicos Vinculados A La Administración De Justicia Que Podrían Entrar En Colisión Con La Libertad De Información. Análisis De Diversas Formas De Enfrentar El Problema.

1.- Introducción: Justicia y medios informativos. Dos sistemas independientes y con funciones y objetivos diferentes

La prensa y la justicia constituyen instancias diferentes e independientes en cuanto a objetivos, procedimientos, propósitos, roles sociales y lógicas internas, y por lo mismo son regulados en base a criterios de legitimidad diversos, aún en los casos en que aborden las mismas materias¹. Ello puede verse claramente, por ejemplo, cuando ambos investigan y se pronuncian sobre hechos de apariencia delictiva o sobre procesos judiciales, incluyendo los comentarios y opiniones sobre la eventual responsabilidad de una persona.

Por tanto, nada hay de cuestionable en las diferencias de tratamiento que se den a un mismo hecho en sede judicial y por medio de la prensa, pues mientras el proceso busca la aplicación de la ley la información busca dar a conocer situaciones de interés público, y ni a la prensa le corresponde perseguir la responsabilidad legal de una persona², ni a los tribunales satisfacer el derecho de la comunidad a ser informado.

¹ CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 abril 1979, párrafo 65. Es una opinión generalizada que los Tribunales no pueden operar en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre las partes, pero eso no quiere decir que con anterioridad puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o en la opinión pública. Además, si los medios de comunicación no deben franquear los límites fijados por los fines de una buena administración de la política, sí les compete comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de las que conocen los Tribunales, así como de aquellas que se refieren a otros sectores de interés público. A esta función de comunicación se añade el derecho del público de recibirla (*mutatis mutandi*, sentencia CEDH N° 5095/71, 5920/72, 5926/72, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, de 7 de diciembre de 1976, párrafo 52).

² CEDH N° 5095/71, 5920/72, 5926/72, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, de 7 de diciembre de 1976, párrafo 55. BRAVO señala que: “No pongo en duda el derecho de los medios de comunicación a realizar sus propias investigaciones, ni tampoco censuro la forma en que los asuntos penales son presentados ante la opinión pública. Sólo quiero dejar constancia de que los medios de comunicación no forman parte de las instituciones públicas a las que el Estado encomienda la persecución de los delitos”. Más adelante continúa sosteniendo que: “Considero que los periodistas no somos parte del proceso (...) pero sé que nuestro punto de vista interesa porque lo que contamos sobre los procesos nos convierte en agentes sociales del

Ello no quita que el Estado deba facilitar la tarea de los medios en cuanto a las informaciones relativas al ámbito judicial, ya que todos los órganos públicos, incluyendo a los tribunales deben contribuir, en la medida de lo posible, a hacer posible la realización de otros bienes protegidos³.

Asimismo, quien ejerza su derecho a la libertad de expresión e información debe hacerlo respetando los derechos de los demás, y siguiendo ciertas normas y deberes éticos y legales. Pero en ningún caso corresponderá a la prensa cumplir con las exigencias del debido proceso como la igualdad de armas, la bilateralidad de la audiencia, la imparcialidad del juzgador, la legitimidad y completo análisis de la prueba⁴, entre otros, pues ellas sólo son exigibles a la función jurisdiccional, sin perjuicio de que muchas de ellas señalen razonables criterios de comportamiento general, que sería sano seguir e incluso en ocasiones podrán ser considerados en un juicio de ponderación.

Por ello, se podrá extender la protección constitucional a informaciones relativas a asuntos judiciales que siendo veraces en un sentido constitucional resulten equivocadas, mal intencionadas, o incluso lesivas frente a otros derechos.

En la configuración de estos estatutos diferenciados una razón relevante es el factor “tiempo”, que en asuntos informativos resulta de máxima importancia, pero que en materia judicial debe ceder frente a las exigencias del proceso y sus garantías, y a la necesidad de investigar y analizar los hechos en forma rigurosa y adecuada.

Debido a la rápida obsolescencia del interés informativo, y a la relevancia del mismo, no es conveniente ni posible dejar a la sociedad al margen de los acontecimientos de una causa penal durante un tiempo largo. En el caso de la desaparición de Marta del Castillo, por ejemplo, los hechos ocurrieron en enero

proceso (...) en circunstancias normales de ejercicio de la libertad de expresión no influyen técnicamente en el proceso (...) pero sí en la imagen pública que se transmite (...) lo que puede generar indirectamente u reproche social contra determinadas conductas, que luego no tienen reproche penal. En la vista oral del juicio de Isabel Pantoja, se acreditaron 103 periodistas para cubrirlo”. Gabriela BRAVO, “*Ponencia Magistral. Derecho a la Información y Populismo Mediático*”, en “*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*”, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 47.

³ En un sentido parcialmente distinto se pronunció el TSA en el caso *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966). La sentencia reconoce la importancia de que el juicio se desarrolle en un ambiente libre de influencias externas, señalando que quienes participan en el proceso de administrar justicia (fiscales, abogados, testigos, personal, etc.) están obligados a contribuir con éste propósito. Por ello, su relación con la prensa puede ser regulada y, en los casos que corresponda, sometida a sanciones. También se reconoció el derecho de la prensa a informar sobre los asuntos judiciales.

⁴ En los llamados *juicios paralelos*, “no resulta infrecuente que aparezcan y se analicen todo tipo de documentos y fuentes documentarias, algunas de ellas, desechadas en el propio proceso por no reunir los requisitos mínimos de accesibilidad procesal”. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, “*Justicia Penal y Medios de Comunicación: Los Juicios Paralelos*”, en “*Problemas Actuales de la Justicia Penal*”, Joan PICÓ i JUNOY(coord.), Bosch, Barcelona (2001), p. 75. Ver también, del mismo autor “*Juicios Paralelos y Proceso Penal: Razones para una Necesaria Intervención Legislativa*”, Revista de Derecho y Proceso Penal (2000), p. 117-132.

de 2009 y la apertura del juicio oral comenzó a mediados de 2012. No era factible mantener en el secreto la información por un periodo tan prolongado⁵.

Otro aspecto que aumenta la complejidad de las relaciones entre la prensa y la administración de justicia está dado por la globalización de la información y el fácil acceso a la misma, que no va seguida de una universalización normativa y jurisdiccional. En otras palabras, por medio del acceso a medios internacionales, especialmente facilitados por internet, resulta fácil burlar cualquier regulación interna, y no será fácil adoptar regulaciones internacionales en el corto plazo.

MINDER señala que el concepto de “otro país” en materia de información hoy es absurdo, aunque las regulaciones sigan estando limitadas a un espacio geográfico y difieran ostensiblemente en unos y otros. Señala como ejemplo de ello la detención del presidente del FMI, Dominique Strauss Kahn, cuya foto esposado fue publicada y vista por todo el mundo, pese a que una legislación francesa que, impotente, establecía la prohibición de hacerlo⁶.

Un modelo así estructurado puede generar problemas y complicaciones de diverso tipo, especialmente cuando se refieren a labores similares. Analizaremos algunas de ellas.

2.- Algunas situaciones de aparente similitud de propósitos entre la labor informativa y la jurisdiccional

2.1.- La investigación periodística y la investigación judicial

No es posible imaginar la existencia del periodismo sin investigación. De hecho, podría sostenerse que más allá de los diferentes estilos todo periodismo es, en alguna medida, periodismo investigativo, y por ello la libertad de información cubre también esta labor.

En la materia que analizamos, sabemos que muchas veces el trabajo de la prensa coincidirá con el realizado en sede jurisdiccional, al menos en su objeto: ambas reaccionan frente a un hecho que altera la convivencia y que reviste las características de un delito, aunque con lógicas, tiempos y criterios diferentes. Incluso cuando en sus labores de investigación, el periodismo facilite el descubrimiento y la denuncia de hechos ilegales, el vínculo será sólo accidental. La información y el periodismo nunca podrán considerarse como actividades auxiliares a la actividad jurisdiccional o investigativa, so riesgo de desnaturalizar sus propios objetivos, disminuir las libertades de que debe gozar y generar expectativas y confusiones de roles que conviene evitar.

La labor periodística no cumplirá funciones jurisdiccionales de ningún tipo, pues su lealtad, su lógica interna y cometido, no tiene relación con salvaguardar y reforzar el imperio de la ley, sino que primordialmente con la de informar a la opinión pública sobre los asuntos de interés general. Por ello, nada hay de

⁵ María PERAL, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos” (Ponencia)*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 154.

⁶ Ibid., p. 183 (cita de Raphael MINDER).

reprochable en que el criterio de selección de la prensa sea lo noticioso, mientras el de los tribunales estará regido por el principio de legalidad.

Del mismo modo, mientras el Ministerio Público y las policías estatales realizan investigaciones con un estricto apego a la ley y a los derechos de los involucrados (ya que en caso contrario, las pruebas no tendrán valor alguno e incluso podrá incurrirse en delito), la prensa no tiene estas restricciones, pudiendo publicar diversas informaciones, incluso secretas o conseguidas en forma ilegítima, pese a las sanciones que podrán recibir aun contando con la protección de la libertad de información.

Lo anterior sin duda muestra un flanco problemático, que podría ser materia de regulación en el futuro.

Una clara muestra de las tensiones en esta materia está dada por el hecho de que por regla general la etapa de investigación judicial es reservada, o incluso secreta, conociéndose su resultado sólo con la acusación. Mientras tanto, la prensa podrá destacar y dar a conocer antecedentes tan pronto como lleguen a su conocimiento, incluso cuando ella provenga de actuaciones realizadas ante el juez sustanciador o el Ministerio Fiscal y hayan sido filtradas en forma maliciosa. Esta es otra de las materias que podría ser objeto de una regulación especial que proteja tanto la efectividad de la investigación como los derechos de los involucrados y de los informadores, abriendo un espacio para la limitación de la investigación periodística, o al menos, de la difusión de la misma⁷.

2.2.- La verdad judicial y la verdad informativa

Otro punto de aparente similitud y potencial tensión entre el mundo periodístico y el sistema de tribunales está relacionado con la relación que ambos sistemas tienen con la verdad⁸.

Sabemos que la investigación procesal está sometida a estrictas reglas, que privilegian la justicia del procedimiento y la igualdad de derechos en las partes, y tiene por objeto determinar responsabilidades legales.

Los medios de comunicación, en cambio, privilegian la información pública sobre asuntos de interés para la comunidad, para lo cual privilegian la rapidez, la variedad de puntos de vista y la veracidad de lo comunicado, sólo en el sentido de la debida diligencia que le exige la Constitución, la que admite, como hemos señalado anteriormente, un cierto margen de error e inexactitud que resulta inaceptable para la actividad jurisdiccional.

⁷ “Hay una Circular del 2 Enero 1899 del entonces Fiscal Jefe del Tribunal Supremo señala: “existe una determinada prensa interesada en instruir un segundo sumario, ya con datos que la infidelidad de algún funcionario proporciona, ya con rumores recogidos donde la suerte les repara si las noticias son verdaderas, se burlan las previsiones y desvelos de la justicia, y si son falsas se extravía a la opinión el menoscabo de la moral y el posible prestigio de los tribunales”. Ibid., pp. 156-157.

⁸ Un trabajo muy interesante sobre el particular lo realiza Luis RODRÍGUEZ RAMOS en “*La Verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una justicia “dependiente” de los medios de comunicación?*”, Diario La Ley N. 5585, p.2 (2002). En la elaboración de esta sección hemos tenido en especial consideración la exposición realizada por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 98 y ss.

Al mismo tiempo, mientras los tribunales realmente juzgan (y además en forma definitiva), los medios sólo entregan material para que otras personas lo hagan, para lo cual pueden facilitar sus plataformas comunicacionales para que diferentes personas emitan su opinión ilustrativa en un sentido u otro. La formación de la opinión pública y de cada persona podrá verse influida por ella, pero jamás será plenamente controlable por quienes informan. Los juicios de valor emitidos por la prensa no son más que opiniones realizadas en forma masiva, pero no juicios definitivos, aunque por tener la capacidad de contribuir a la formación de la opinión pública en forma sustancial, también pueden ser objeto de limitaciones y regulaciones.

La obtención de la verdad histórica pura y absoluta es una tarea imposible tanto para la prensa, los tribunales, e incluso para los científicos, sicólogos e historiadores. En suma, una tarea humanamente imposible. Por ello, la verdad a que deben orientarse los órganos judiciales es únicamente aquella que puede ser obtenida mediante un juicio justo, pudiendo ser considerada verdadera, legítima y válida, sólo cuando han sido adoptadas de acuerdo a un procedimiento correcto, con pleno respeto a los derechos fundamentales del acusado.

Así, la verdad procesal no es una verdad ideal o científica que se busque con ahínco y sin limitaciones, sino sólo aquella que se puede obtener tras el proceso. En un juicio lo que se busca no es la verdad científica sino el ejercicio de la jurisdicción, entendida como “la actividad estatal que determina el Derecho en un caso concreto”. En un proceso acusatorio, no se busca reconstruir la realidad objetiva ni la protección del orden jurídico, sino sólo resolver cuál de las dos posturas enfrentadas triunfa sobre la otra, en base a los antecedentes y argumentos aportados en el juicio. Por tanto, la sentencia del juez penal no se refiere a la verdad real: sólo se limita a afirmar o negar la verdad procesal de la pretensión acusatoria⁹.

Dicho de otra forma: el juicio justo es la herramienta de la que se vale la jurisdicción para dirimir los conflictos conforme a la ley. La verdad judicial no tiene pretensiones de verdad objetiva: tan solo es el resultado del proceso penal, que antes que la verdad objetiva busca lo verdadero en cuanto justo, es decir, una sentencia justa.

Según este esquema, durante el juicio se valorarán conforme a derecho una serie de medios de prueba y argumentaciones que son distintos al hecho mismo que se quiere probar. Sobre esa base, ya indirecta, y sobre las argumentaciones que se viertan durante el proceso y según sus normas, se debe llegar a una conclusión con fuerza de cosa juzgada.

Por lo mismo, si el Estado tiene el monopolio sobre el enjuiciamiento y sanción de los crímenes y delitos, la única verdad judicialmente válida en materia de hechos ilícitos será la que determinen los órganos jurisdiccionales. Pero ello sólo vale en relación a la imposición de sanciones y penas, y no afectará el derecho de toda persona a pensar de manera diferente y expresarlo en consecuencia.

⁹ En contra, Juan LÓPEZ ORTEGA, *“Información y Justicia: la Dimensión Constitucional del Principio de Publicidad Judicial y sus Limitaciones”*, Cuadernos de Derecho Judicial, No. 16, dedicado a Justicia y Medios de Comunicación (2006), p. 102.

Podría sostenerse que el respeto a ciertas normas y garantías, así como la limitación a la forma de generar la prueba (sólo las pruebas legítimamente obtenidas pueden ser consideradas), presentan desventajas desde el punto de vista de la eficiencia de la investigación. Pero ellas son necesarias para garantizar a todos un adecuado ejercicio y protección de sus derechos.

Si la prioridad del trabajo de los tribunales fuese únicamente el éxito de la investigación y el conocimiento de la verdad real, una actitud razonable y funcional sería el debilitamiento de algunos derechos y garantías de los inculcados, y al mismo tiempo, la entrega de mayores facultades investigativas al juez, que no tendría por qué conformarse con la prueba rendida, ni quedar vinculado a lo pedido por las partes.

A nuestro juicio, estas limitaciones propias del procedimiento contradictorio y del derecho a un juicio justo o debido proceso son rasgos propios de las democracias constitucionales, y son con creces compensados por el valor institucional que para todo sistema social constituye el respeto irrestricto por los derechos esenciales de todos y cada uno de sus integrantes.

Se podría argumentar que el modelo inquisitivo presenta ventajas en la misión de acercarse a la “verdad material” o “real”, lo que hace que buena parte de la población critique el modelo de garantías y lo considere “pro delincuentes”. Pero ello es incompatible con los valores de una sociedad democrática y debe ser rechazado de plano.

Siguiendo con este desarrollo argumental, podemos decir que en nuestro modelo político, el primer objetivo de la justicia es la realización de un juicio justo, con pleno respeto a las garantías de las partes, incluso antes que la indagación de la “verdad real”. Sólo como un resultado de este proceder legítimo puede alcanzarse una “verdad” legítima, y sólo este y no otro será el objeto del juicio.

En un sistema así estructurado, al juez le corresponde resolver un asunto sobre la base de las argumentaciones y pruebas legítimas que le aportan las partes en la forma preestablecida, mediante una resolución razonada y debidamente fundada. El Derecho así concebido buscará una afirmación del orden jurídico como sistema, así como una confirmación de la autoridad del Estado y de sus normas, que se ha visto cuestionada por el infractor.

La tensión y superposición de roles entre información periodística y la actividad jurisdiccional queda en máxima evidencia cuando se analiza una prueba ilegítima, conseguida vulnerando una garantía fundamental establecido en beneficio de todos los ciudadanos. Ella jamás podría ser considerada en un “juicio justo” (lo contrario sería validar como forma de proceder ese *modus operandi*); sin embargo, ello no impide que su capacidad para formar convicción se mantenga intacta.

Producto de ello podríamos llegar a una situación donde la prensa muestra a la opinión pública todas las pruebas y antecedentes que permiten a cualquier persona razonable formarse una convicción de la culpabilidad del acusado, mientras los tribunales, garantes del Estado de Derecho y exclusivos responsables de administrar justicia y aplicar penas, declaran inocente al inculcado. Ante esta, el desconcierto y malestar de buena parte de la opinión pública será alto, pasando a ver en la prensa un aliado mucho más fiable en la tarea de investigar, hacer

justicia y aplicar sanciones, que en la propia institucionalidad a la cual la sociedad ha encomendado esta tarea. Este problema se verá agudizado en países donde la percepción de la corrupción o falta de independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales sea mayor¹⁰.

No es objeto de esta investigación profundizar en este aspecto, salvo adelantar que quizá debamos acostumbrarnos a convivir y manejarnos con diferentes formas de verdad, aceptando sin miedos lo que significan las incertidumbres y las insondables complejidades de la vida. Buscar un ajuste y una coincidencia entre el trabajo periodístico y el jurisdiccional es una tarea cuyo fracaso está asegurado.

2.3.- Las sanciones penales y las sanciones extra-jurisdiccionales (mediáticas y sociales)

Una expresión que debe ser analizada con especial cuidado es la de “sanción mediáticas”. Lo mismo ocurre con la de “sanción social”¹¹.

En estricto rigor, los tribunales de justicia ostentan el monopolio para aplicar sanciones legales, y de hecho así ocurre. Sin embargo, los medios de comunicación tienen una especial capacidad de lesionar derechos en forma significativa, y desde un punto de vista subjetivo ellas pueden ser más agudas y relevantes que las establecidas por ley. En los casos en que ello ocurra, el sistema legal deberá considerar la magnitud potencial de este daño y la conveniencia de regularlo o reducirlo, eligiendo las mejores medidas para ello y considerando el conjunto de bienes que podrían resultar afectados.

Junto con ello, debemos analizar si debe esperarse de parte de las sentencias judiciales el generar en la opinión pública un efecto determinado, con un objetivo de prevención general o simplemente de generar confianza en el imperio del derecho y de sus mandatos.

Lo anterior debe vincularse con la pregunta sobre el alcance que debe tener el trabajo jurisdiccional. Si se considera que este termina con la dictación de la sentencia podría considerarse irrelevante la opinión que sobre el caso se genere entre los distintos actores sociales, incluso frente a las posibles consecuencias sociales de una entrega informativa distorsionada, positiva o negativamente.

¹⁰ A ello debe sumarse de que muchas veces la verdad que comunican los medios de comunicación es, a nivel social, la verdad principal o muchas veces la única verdad, aceptada por una “masa mediocre sin capacidad crítica y de suficiente tiempo información para contrastar los mensajes”. En una palabra, el temor de que la verdad destruya la noticia. Luis RODRÍGUEZ RAMOS “*La Verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una justicia “dependiente” de los medios de comunicación?*”, Diario La Ley N. 5585 (2002), p.2.

¹¹ El sólo hecho de aceptar los conceptos “juicios paralelos” y “sanciones mediáticas” puede resultar confundidor, y podrían llevar a preguntarnos por qué regulamos con sumo rigor el proceso mientras damos amplias libertades a la actividad periodística, en circunstancias en que ambas aplicarán a una persona una sanción), vinculada a un mismo hecho y a una persona, sobre todo cuando producto de la segunda pueden derivarse daños subjetivos mayores que los establecidos por la ley. RODRÍGUEZ RAMOS utiliza la expresión “maltrato mediático” y señala que los medios tienen cierta impunidad y se permiten maltratar por “la generosa interpretación del derecho deber de información en esta materia” y por el temor reverencial de todos los poderes, incluyendo el judicial, a resultar “estigmatizados por los medios de comunicación”. Luis RODRÍGUEZ RAMOS (2002), ob cit., nota 10, p. 1 – 3.

Sobre estas materias, es conveniente plantear algunas consideraciones.

Normalmente podría esperarse que una sanción legal tenga efectos sociales concordantes, de la forma de un juicio de reproche negativo y colectivo. Pero la forma e intensidad de esta reacción social dependerá de tantos factores que es imposible de anticipar o delinear, aunque es posible sostener que puede reducir o amplificar significativamente, según el tratamiento que se dé a la información.

Constitucionalmente, resulta evidente que las investigaciones periodísticas y las publicaciones que realicen actores extra jurisdiccionales no tendrán nunca la capacidad de establecer autorías y culpabilidades, ni de aplicar penas, pues esta tarea ha sido reservada en forma exclusiva al Poder Judicial.

ECO señala que “la función del cuarto poder es, sin duda, la de controlar y criticar a los otros tres poderes tradicionales (junto con el poder económico y el que representan los partidos y sindicatos), y puede hacerlo, en un país libre, porque su crítica no tiene funciones represivas”¹². Hemos destacado esta última frase, porque nos parece crucial para la comprensión y desarrollo que realizamos, pues si se pudiera llegar a sostener que los medios pueden ser utilizados como instrumentos punitivos su rol social se vería fuertemente afectado. La utilización de los espacios comunicativos públicos para perseguir objetivos e intereses personales, entre los que pueden estar los de venganza, descrédito, desinformación y muchos más, permitiría a los grupos de poder aumentar sus facultades de actuación y alejaría a la prensa de su objetivo institucional y democrático, justificando regulaciones y medidas para evitar lo primero y propiciar lo segundo.

Resulta evidente que cualquier imputación pública, aunque sea eventual, de un hecho ilícito o incluso indecoroso, desacreditará a quien se vea involucrado él, quien lo percibirá como una sanción realizada antes de la sentencia, mientras su expectativa de ser considerado inocente se encuentra plenamente vigente. En otras situaciones, podría generar una figura de pena anticipada o exacerbada¹³.

Para PRIETO SANCHÍS la declaración de culpabilidad asociada a una sanción penal tiene un efecto estigmatizador sobre el honor de la persona que no esta considerado dentro de la pena legalmente considerada. Por ello, considera que los juicios paralelos suponen una penalización social anticipada, y por lo mismo, son parte de un proceso criminalizador, aunque se utilicen modos condicionales y palabras del tipo “presunto”¹⁴.

Esta situación podría afectar varios bienes jurídicos y derechos constitucionales protegidos, como la honra y el honor, el derecho a un juicio justo, la privacidad e

¹² En Umberto ECO, “*Sobre la Prensa*”, en “*Cinco Escritos Morales*”, trad. de Helena Lozano Miralles, Editorial Lumen, Barcelona (1998). Pag 4.

¹³ De acuerdo con GIMENO: “una publicidad excesiva aumenta de manera importante el reproche social por el delito, de forma que el inculcado sufre un mayor escarnio” y agrega que puede afectar también el derecho a presunción de inocencia. Miguel Ángel GIMENO, “*Consideraciones Jurídicas sobre los Juicios Paralelos*”, en “*Informe sobre el Tratamiento del Juicio de Alcázar*”, Barcelona (1997), p. 31.

¹⁴ Luis PRIETO SANCHÍS, “*Prisión Provisional y Medios de Comunicación*”, en MARINO BARBERO SANTOS (coord.), *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (1997), pp. 231-245.

intimidad, entre otros, lo que será especialmente grave para los casos en que no haya coincidencia entre lo que exprese el medio y el tribunal. Es decir, cuando uno condene y otro absuelva, o incluso, en situaciones donde el tribunal ni siquiera se ha pronunciado sobre un asunto (asuntos históricos, casos prescritos, revocaciones de sentencias condenatorias que no reciben la misma publicidad, entre otras).

En suma, es claro que existen situaciones donde podría producirse situaciones social y jurídicamente indeseadas, e incluso una cierta confusión de roles sociales, donde la prensa pasa a ejercer de facto y paralelamente las funciones de fiscal, abogado defensor y juez.

Muchas veces en base a pruebas y antecedentes débiles, incompletos y obtenidos sin garantías, la prensa reforzará los asuntos que considera "noticiables" con opiniones o declaraciones especialmente elegidas, presenta acusaciones y sentencias y extiende un manto de duda sobre el trabajo del tribunal.

Por ello, se ha dicho que este tipo de situaciones socava las bases mismas del Estado de Derecho, pues busca la solución de controversias por mano propia, sin un proceso y un tribunal imparcial, sin principio de legalidad y proporcionalidad en la aplicación de sanciones, sin presunción de inocencia, el respeto a la autoridad del tribunal y a la legitimidad de la sentencia, el respeto por la dignidad e intimidad de los intervinientes, entre otras.

En esta realidad, el inculcado está expuesto al peligro de ser tratado o percibido, en cualquier sentido y de cualquier forma, como culpable antes de que exista sentencia condenatoria, ya que en los ojos y conciencia del público no está la distinción de "dos sistemas paralelos" que recién hemos señalado, pues buena parte de la opinión pública confía en que la prensa refleja la realidad.

La publicidad de las sanciones podría buscar un objetivo de prevención general o de confianza en el sistema de justicia y el Estado de Derecho, pero ello siempre deberá estar mediatizado por el principio de legalidad y un adecuado juicio de ponderación frente a cada una de estas acciones.

Bajo esta lógica, si los efectos sociales no se encuentran considerados dentro de la pena en sí misma, no podrá plantearse siquiera la pregunta, aun cuando las consecuencias que se deriven en el honor o en otros bienes sean reales y relevantes.

Obviamente, los problemas que por esta vía se generen podrán ser materia de protección, pero ella deberá ser construida desde otras perspectivas y no como un efecto derivado de la propia sentencia.

Incluso en los casos en que la ley y la sentencia consideren cierta publicidad como parte de la condena (publicación de la sentencia, inclusión en un registro de infractores, etc.), ella debe considerarse realizada por el solo hecho de cumplirse lo ordenado (la publicidad), sin que pueda existir ninguna pretensión jurisdiccional sobre la compleja dinámica de los efectos sociales de la misma en la opinión pública. Sin embargo, la existencia de registros públicos de infractores (agresores sexuales, etc.) podría ser una interesante medida en este sentido, que deberá ser manejada con máxima cautela debido a los nocivos efectos que un mal manejo de las mismas podría provocar.

Por todo ello, creemos que debe desvincularse totalmente la declaración de culpabilidad realizada por un Tribunal, así como su sanción o absolución, de la formación de la opinión pública y de las sanciones sociales que la comunidad o un particular imponga en base a los antecedentes de que disponga.

BRAVO llama la atención sobre la gravedad de confundir el papel de garante de la publicidad procesal que corresponde a la prensa con “la facultad de suplantar a los juzgados y tribunales a la hora de determinar la inocencia o culpabilidad de los ciudadanos”¹⁵.

3.- La responsabilidad social difusa ante la opinión pública. Rol que en ella juegan los medios de comunicación

Si bien el objetivo de dotar a la prensa de un estatuto vigoroso de protección tuvo que ver con la necesidad de un sistema democrático de contar con una opinión pública informada, crítica y robusta, muchas veces la realidad parece mostrarnos una realidad muy diferente.

Lo anterior se manifiesta de dos maneras. Así, la primera dice relación con los objetivos, diferentes a la entrega de información sobre asuntos de interés general y que contribuyen a la formación de la opinión pública, que la prensa puede legítimamente realizar, y a los que nos referiremos más adelante. Sin embargo, adelantaremos que dentro de estas funciones o posibilidades legítimas está la de entretener, y que las materias de naturaleza judicial y policial muchas veces pueden cumplir con la doble característica de ser materias de interés público y de ser altamente atractivas desde una mirada comercial¹⁶.

La segunda de ellas es más compleja, y se relaciona con la pasividad de los individuos y grupos sociales, que al no ejercer sus derechos a la información y a la crítica, han concedido a los medios de comunicación una gran capacidad política y un creciente poder.

Contando con la confianza pública, fiscalizan e interpelan a las autoridades, ofrecen y clausuran espacios para el debate público (especialmente en aquellos sistemas donde la pluralidad de medios es restringida), potencian o desperfilan figuras de relevancia social, entre muchas otras.

Muchas veces los informadores y los interesados buscarán generar este tipo de responsabilidad u opinión en forma voluntaria y consciente, dedicando a ello grandes esfuerzos y constituyendo muchas veces el principal objetivo de su actuar. Incluso podría decirse que muchas veces el proceso judicial sólo será instrumental a este propósito.

¹⁵ Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2, p. 47.

¹⁶ GOMIS SANAHUJA, Lorenzo señala que los factores que más han mostrado cambios en la comunicación de información sobre los juicios es su número, la presencia de famosos y el paralelismo efectivo. Todo ello se relaciona, en buena medida, con la necesidad de los medios de informar de forma atractiva, lo que muchas veces estará más vinculado con la necesidad de entretener que de dar a conocer asuntos de interés público real. GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, “Publicidad del Proceso y Derecho a un Proceso con todas las Garantías. Los denominados juicios paralelos” Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. Encuentro Jueces-Periodistas (1999).

MARÍN señala al respecto que los periodistas saben que por un lado los juicios y la respuesta legal que tiene asociada ocurre dentro de la sala de audiencias, pero al mismo tiempo, hay un escenario paralelo tanto o más importante que depende de la percepción que de esos juicios se produzca fuera de la sala, ante la opinión pública. En esta empresa, muchas veces se realizan actuaciones que son guiadas por motivaciones y códigos completamente distintos a los procesales, entre los que destacan la utilitaria alianza entre periodistas y partes interesadas en el juicio, donde por un lado unos remarcan la versión que más les interesa del caso, mientras los reporteros obtienen informaciones exclusivas que le dan ventaja sobre sus competidores y que les permiten legítimamente vender más¹⁷. De esta manera, desempeñan un rol que excede ampliamente el de simples intermediarios de la información entre su origen y la comunidad.

En algunos casos, este poder será a ratos mayor y más efectivo que el que detentan partidos políticos y otras agrupaciones representativas de la sociedad. Desde esta posición, los medios de comunicación tendrán también una especial capacidad para generar situaciones de reproche social, aun cuando se sostenga que este efecto dependerá de las circunstancias individuales de cada lector o auditor.

La importancia de este tipo de reproches es cada vez más importante y puede tener muchas motivaciones, entre las que destacan por su importancia y efectividad las políticas, pues en las democracias actuales la popularidad de una persona dependerá en buena medida del tratamiento mediático de que sea objeto. Por ello, la presencia o ausencia en los medios de los medios condiciona la conducta de las figuras públicas, y constituye la primera preocupación de buena parte de ellas.

Por ello, a la clásica tipología de responsabilidades construida desde el mundo del derecho (civil, política, administrativa y penal, por señalar las principales), podríamos incorporar un nuevo tipo de sanción difusa e indeterminada, generada colectivamente en base a la información disponible, general y mayoritariamente proporcionada por los medios de comunicación.

Si bien esta *pseudo-responsabilidad* no tiene base legal, se asemeja en muchos aspectos a la responsabilidad política y tienen un poderoso estatuto de garantías ofrecido a la prensa. Ello sucedió por ejemplo en el caso *Dívar* reseñado más abajo, donde pese a la inocencia declarada judicialmente varias personas debieron dimitir de sus cargos, producto de la campaña mediática generada en torno al caso¹⁸. Por todo ello, a veces es más temida y efectiva esta vía que la institucional para obtener algunos objetivos y prevenir la realización de conductas prohibidas.

En una sociedad donde la imagen ha cobrado una gran relevancia, dañar esta puede ser más lesivo dañar a esta que restringir la libertad. Los perjuicios a la vida

¹⁷ Manuel MARÍN, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos” (Ponencia)*, Editorial La Ley, Madrid (2012), pp. 214-215: “En la mayor parte de las ocasiones, las partes se apoyan en los periodistas y los utilizan para ejecutar estrategias de acusación o de defensa. Y no solamente son estrategias procesales para ganar un caso o para posicionar a un cliente, sino también para conseguir fama acrecentar el ego personal u obtener la promoción profesional o la ambición del abogado. Puede ser, simplemente, querer tener más clientes o darse a conocer”.

¹⁸ Carmen del RIEGO, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos” (Ponencia)*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p 117.

de quien ha delinquido pueden ser más graves en el primer que en el segundo caso. Asimismo, en muchos casos las sanciones jurisdiccionales muchas veces constituyen sólo un objetivo secundario, un insumo de un proceso mediático principal, adquiriendo un cariz netamente instrumental para quien tiene como objetivo campañas de comunicación. Los actores sociales prestan a ella tanta o más atención que a la responsabilidad que es administrada por la justicia, más técnica y difícil de comprender.

Esta situación se beneficia por el hecho de que los periodistas no se limitan a describir los hechos propios de un juicio en forma sobria y neutral, sino por el contrario, construyen en base a estos elementos un relato atractivo para el público, al que integran opiniones y juicios de valor, motivados muchas veces por intereses políticos, económicos o simplemente personales¹⁹.

Si bien esta pseudo responsabilidad puede aplicarse muchas veces en forma frívola e inadecuada, creemos que la existencia de esta “justicia paralela” es necesaria y conveniente para la existencia de la democracia, si bien puede someterse a ciertos resguardos.

Así, la imagen del “perro guardián de la democracia” que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado a la prensa, se muestra en su mayor dimensión como un animal irracional y mordedor, pero que igualmente nos protege y nos da seguridad, incluso cuando alguna vez pueda dirigirse contra nosotros mismos y dañarnos injustamente. Quienes se ponen en posiciones de exposición pública²⁰ conocen esta realidad y aceptan sus riesgos, sin los cuales nos veríamos expuestos a riesgos peores.

4. - Análisis de una problemática particular: los juicios paralelos

El concepto de “juicio paralelo” o “justicia mediática” es relativamente nuevo, pero es ampliamente utilizado tanto en circuitos periodísticos como jurídicos²¹.

Aunque su propio nombre indica el objeto a que hace referencia, no existe consenso en cuanto su exacto contenido. Por ello, muchas veces bajo su nombre se hará referencia a una variada gama de situaciones, lo que generará confusiones y equívocos que convendrá aclarar²².

¹⁹ Emilio CORTÉS BECHIARELLI, “Un Paso Trascendente hacia la Necesaria Regulación Legal de los Juicios Paralelos: A Propósito de la STC 139/2007, de 4 de junio”, Revista de Derecho de Extremadura (2008), p. 90.

²⁰ Por ello, no sólo alcanza a las figuras públicas políticas, sino a cualquiera que considere como parte de su estilo de vida la figuración mediática. Sin embargo, es importante considerar que será diferente y subjetiva según el caso a caso y la subcultura que lo comente. Así, lo que es grave en un sacerdote es popular en un roquero, y lo que es algo valioso para un grupo de izquierda puede ser una vergüenza para un sector más conservador. Los medios negativos que utilizará esta especie de responsabilidad serán la censura, la disminución de la popularidad, el reproche social, y en cargos de elección popular, la baja de su credibilidad y de la votación.

²¹ Más allá de las diferentes concepciones relativas a lo que cabe dentro de esta expresión, puede encontrarse un interesante listado de casos recientes en el trabajo de Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ publicado en La Ley Penal, N.º 90, Editorial LA LEY, p 1-16 (Febrero 2012).

²² Puede observarse un empleo abusivo del término, pues se le utiliza para denominar cualquier juicio que parezca, de un modo u otro, inadecuado. CORTÉS sostiene que: “el giro *juicios paralelos* ha hecho ya fortuna, no sólo en la ciudadanía, sino, incluso, en la jurisprudencia del

Por no tratarse de un concepto estrictamente jurídico, resulta complejo elaborar una teoría del mismo y plantear propuestas para su tratamiento en forma directa, ya que diversos autores engloban dentro de este concepto situaciones significativamente divergentes y que merecerán tratamientos jurídicos disímiles. Por ello, nos referiremos a algunas situaciones y propiedades de este fenómeno, y abordaremos las situaciones que puede afectar analizando posteriormente y en forma separada los principales bienes jurídicos que pueden ser afectados por él.

4.1.- Existencia de diversos conceptos de juicio paralelo

Una primera definición de “juicio paralelo” podría vincularse al seguimiento publicitado de un hecho aparentemente delictivo, realizado por la prensa al margen del cauce institucional.

Pero esta definición no necesariamente reportará una actividad negativa, pues podría corresponder a un ejercicio adecuado, conveniente y necesario de la actividad periodística, realizado bajo el amparo de la libertad de información, sobre asuntos de interés público (los procesos judiciales), que son además cubiertos por la exigencia de la publicidad procesal²³.

De hecho, bajo esta comprensión podría sostenerse que “los juicios paralelos son algo consustancial a las sociedades democráticas, porque son inherentes a la libertad de expresión”²⁴. Pero paradójicamente, si bien los procesos judiciales, sobre todo penales, constituyen uno de los ejemplos más claros de asuntos de interés público, y en ellos las excepciones a la publicidad son mínimos, puede darse que la necesidad de proteger el proceso justifique limitar la libertad informativa y la publicidad, como más adelante veremos.

En la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria la expresión “juicio paralelo” tiene una connotación negativa²⁵, y se vincula con la afectación injustificada de numerosos bienes jurídicos protegidos²⁶, tales como la presunción de inocencia,

Tribunal Constitucional, que, con tibieza, ni los rechaza ni los santifica”. Emilio CORTÉS BECHIARELLI, *“Juicios Paralelos y Derechos Fundamentales del Justiciable”*, Anuario de la Facultad de Derecho, No. 21 (2003), p. 126.

²³ La ATC 195/1991, FJ 6, señala que la administración de Justicia requiere la cooperación de un público ilustrado. Los Tribunales no pueden operar en el vacío. Aun cuando son el foro adecuado para resolver los conflictos, ello no impide que en otros ámbitos se desarrolle una discusión previa, tanto en publicaciones especializadas como en la prensa periódica o, en general, en los círculos públicos. Así como los medios de comunicación de masas no deben traspasar los linderos trazados en interés de una serena administración de la Justicia, igualmente les corresponde ofrecer información e ideas concernientes a los asuntos llevados ante los Tribunales, lo mismo que en cualquier otro ámbito de interés público.

²⁴ Ángel JUANES PECES, *“Independencia Judicial y Medios de Comunicación” (Ponencia)*, en La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 103-104.

²⁵ “En nuestro país, el fenómeno de los juicios paralelos ha sido visto con una gran reticencia por la doctrina. Especialmente crítico se mostraba el CGPJ en su comunicado del 2 Enero 1995 en el cual se dijo “que las opiniones de los medios de comunicación debían ser asépticas, debían delimitarse a dar información, pero no a juicios de opinión que pudieran condicionar la resolución futura de un tribunal de justicia”. Ibid., p. 106.

²⁶ Declaración del Pleno del CGPJ, de 25 de Enero de 1995.

el honor, la intimidad y la privacidad de los afectados, el debido proceso, la imparcialidad del tribunal, entre otros²⁷.

Por ello, una definición más completa de “juicio paralelo” debe hacer referencia a la capacidad que el tratamiento de ciertos hechos podría tener para afectar diversos bienes protegidos y vinculados a un proceso judicial, como por ejemplo la independencia e imparcialidad del juzgador, la credibilidad y el prestigio de los tribunales, la presunción de inocencia, y los derechos procesales y no procesales de las partes, entre otros²⁸.

En esta línea, BRAVO define al juicio paralelo como “aquel conjunto de informaciones sobre un asunto sub iudice, con las que los medios de comunicación pretenden examinar y valorar el proceso, las pruebas practicadas y a las personas implicadas en los hechos sometidos a investigación. Así definido, supera la dicotomía justicia-prensa para convertirse en un conflicto entre la libertad de opinar e informar acerca de los procesos judiciales en curso y los derechos del acusado a un proceso justo. Los medios asumen el papel de juez e inducen a un veredicto anticipado de culpabilidad a la opinión pública, lo que vulnera la presunción de inocencia del encausado y, por tanto, menoscaba su derecho al honor”²⁹.

ESPÍN TEMPLADO, por su parte, define al juicio paralelo como el “conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación, sobre un asunto sub iudice, a través de los cuales se efectúa una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial”³⁰.

LATORRE LATORRE se refiere a los juicios paralelos como “todo proceso generado e instrumentado en y por los medios de comunicación, erigiéndose en jueces sobre un asunto sub iudice y anticipando la culpabilidad del imputado, o desacreditando el proceso con el fin de influir en la decisión del tribunal trocando su imparcialidad, de modo que cualquier lector/televidente tendría la impresión de que la jurisdicción penal no tendría otro recurso que sentenciar en los términos implicados”. Pero agrega que lo relevante no es lo sub iudice (aunque por cierto el impacto es mayor cuando el asunto no se encuentra concluido), sino el potencial de crear, por el solo mérito de la información periodística, una opinión pública específica sobre un asunto que debe ser o ha sido resuelto en los tribunales. De esta forma, no sería juicio paralelo preconizar la inocencia de una

²⁷ En efecto, estos “pseudo juicios” realizados por la prensa pueden generar, de muy diversas maneras y dependiendo de las particularidades de cada público, impresiones, emociones e ideas inadecuadas respecto a la participación y responsabilidad a una persona, así como del desempeño de los Tribunales en su misión de hacer cumplir el derecho.

²⁸ Por todo ello, ORENES RUIZ se refiere al “proceso paralelo” como “el paradigma del inadecuado ejercicio de las libertades informativas sobre un proceso judicial”, resaltando su capacidad para “atentar de forma simultánea contra diversos derechos fundamentales y otros bienes jurídicos dignos de protección, y que en último término, afecta al derecho a un proceso justo e imparcial”. Juan Carlos ORENES RUIZ, *Libertad de Información y Proceso Penal. Los límites*, Pamplona Aranzadi (2008), p. 265.

²⁹ Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2, p. 48.

³⁰ Eduardo ESPÍN TEMPLADO, *En Torno a los Llamados Juicios Paralelos y la Filtración de Noticias Judiciales*, Revista del Poder Judicial, No. Extraordinario 13 sobre Libertad de Expresión y Medios de Comunicación (1990), p. 123.

persona en un asunto sub iudice, porque esto correspondería desde siempre a un derecho fundamental³¹.

Para JUANES PECES considera que los juicios paralelos pueden ocurrir antes y durante los procesos judiciales, y ellos pueden tomar incluso la forma de “campañas sistemáticas a favor o en contra de las personas enjuiciadas... Tal valoración se convierte ante la opinión pública en una suerte de proceso en el que los medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y abogado defensor...creando en la opinión pública un estado de opinión concreto...sin esperar al resultado del juicio”³².

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ los define como “la calificación o juicio que personas, colectivos o la propia sociedad formula sobre un determinado asunto o persona al margen del proceso, siendo generalmente los medios de comunicación quienes juzgan asuntos al inicio y durante la instrucción, así como durante la celebración del juicio oral, del plenario del proceso judicial”³³. Luego señala que para que exista un juicio paralelo se requiere que exista un proceso judicial en marcha, que se anticipe la culpabilidad o la inocencia del procesado a través de los medios de comunicación y que lo que se pretenda sea perturbar o alterar la imparcialidad del Tribunal, de modo que cualquier lector, oyente o espectador se queda con la impresión de que la jurisdicción tiene que sentenciar en los términos en los que se expresan los medios de comunicación”³⁴.

PRAT señala que “el juicio paralelo se identifica por unos presupuestos; dar a conocer unos hechos empleando a testigos, peritos, documentos, cintas de vídeo o magnetofónicas, o cualquier otro medio con virtualidad probatoria y que éstos son presentados por personas ajenas al proceso judicial o intervinientes en el mismo. Como consecuencia de estos presupuestos se concluye en la producción de unos efectos en el ciudadano receptor de la noticia y en el órgano jurisdiccional. Los efectos son: la desconfianza en la Administración de Justicia, un peligro de que la resolución pueda ser injusta, entendiéndose por injusta por la ausencia de condiciones de imparcialidad, dictada por aquellos a quienes corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado o, bien, aunque la resolución sea justa, es posible que debido al juicio paralelo parte de la sociedad la vea y considere injusta”³⁵.

En el “I Encuentro de Jueces-Periodistas”, los jueces encuestados señalaron que había juicio paralelo en la entrega de datos sesgados, opiniones que pretenden decantar la opinión pública, prejuzgando la cuestión, resolviendo el caso al margen del proceso comprometiendo la confianza de los tribunales, asistiendo a los medios informativos personas intervinientes en el proceso, anticipando

³¹ Virgilio LATORRE LATORRE, “Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos”, Civitas, Madrid (2002), p. 105

³² Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ también considera que los juicios paralelos pueden darse tanto en fase de plenario como en la fase instructora, e incluso en las etapas preliminares, “cuando ni siquiera se ha abierto el proceso penal contra persona concreta”. Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2012), ob. cit., nota 21,

³³ Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2012), Ídem.

³⁴ Ibid.

³⁵ Carlos PRAT WESTERLINDH Carlos, “Los Juicios Paralelos y la Imparcialidad Judicial”, Revista Doctrina y Jurisprudencia N.36 (2001).

valoraciones que pueden corresponder a los Tribunales, entrevistas y opiniones fuera del proceso, conformando un veredicto extraprocesal³⁶.

Para ORENES RUIZ, lo que caracteriza a un auténtico juicio paralelo “es su capacidad para trasladar al público una determinada versión de los hechos, para crear, en la opinión pública, un estado de opinión a favor o en contra de los actores del proceso: su aptitud directa o indirecta, ya sea buscada de forma intencionada o no, de dar, traslucir, anticipar o sugerir, en definitiva, de hacer llegar al ciudadano un veredicto de inocencia o de culpabilidad antes de la celebración del juicio”³⁷.

Este tipo de situaciones, donde la sociedad ejerce de juez y verdugo de una persona, introducen “una preocupante disfunción en el esquema constitucional que gobierna nuestra democracia”³⁸ y socavan los propios cimientos del estado de derecho³⁹, al perturbar uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, según lo dispone la propia Constitución Española en el artículo 1, lo que convierte a la Justicia en un bien jurídico especialmente necesitado de protección⁴⁰.

Señala también que la publicidad amplificadora y masiva realizada por los medios de comunicación implica grandes riesgos para todos los que participan en el proceso, y para sus fines, que pueden verse interferidos por presiones y juicios anticipados realizados por el público, que podrían poner en entredicho todas las garantías constitucionales establecidas desde antaño para asegurar un debido proceso. Una publicidad desmesurada afectará también otros bienes y derechos de la personalidad de quienes participan en el proceso⁴¹.

Este llamado a la prensa a la mesura y al autocontrol no puede entenderse en modo alguno como un cuestionamiento al periodismo de investigación, que puede llevarnos a descubrir pistas y hechos delictuales que había sido imposible obtener, ni como un intento de disminuir la crítica pública, proporcionada y correctamente fundada de las resoluciones judiciales dictadas⁴².

³⁶ Revista del Poder Judicial, Número Especial XVII (1999), pregunta 13. En caso de producirse un juicio paralelo, entre los medios mencionados por los jueces para reaccionar estarían la autorregulación de los propios medios, el auxilio del CGPJ, la prohibición de divulgar el contenido de las diligencias, dictando la resolución oportuna y con los apercibimientos correspondientes, la emisión de comunicados periódicos de la evolución del proceso a través de oficinas de prensa o bien por el Magistrado-Ponente, la restricción de la publicidad de las actuaciones judiciales, el silencio del juez, dejar públicamente establecido que la visión y postura del caso, que se está ofreciendo por la prensa, es parcial y subjetiva (pregunta 14).

³⁷ Ibid., p. 267.

³⁸ Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2, pp. 49-50.

³⁹ José Vicente GIMENO SENDRA, “*Constitución y Proceso*”, Tecnos, Madrid (1998), p. 305. Adicionalmente, BRAVO ha planteado que: “Por eso considero muy grave que la prensa confunda su papel de garante de la publicidad de los procesos judiciales, consagrado por el artículo 120 CE con la facultad de suplantar a los juzgados y tribunales a la hora de determinar la inocencia o culpabilidad de los ciudadanos”. Ibid., p. 47.

⁴⁰ Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2, p. 50.

⁴¹ Ibid., p. 46.

⁴² La actual ficción del secreto de las actuaciones sumariales como conflicto de derechos y de poderes. Luís RODRÍGUEZ RAMOS, “*La Actual Ficción del Secreto de las Actuaciones Sumariales como Conflicto de Derechos y de Poderes (Ponencia)*”, en “*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*”, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 152.

Sólo una doctrina muy minoritaria niega la capacidad de los juicios paralelos para afectar el proceso y los derechos que en él entran en juego⁴³.

Por otro lado, es necesario distinguir los juicios paralelos de las *agresiones mediáticas* realizadas por cualquier interesado para poner en duda el proceso, la imparcialidad del tribunal o su legitimidad. Cuando estas acciones son realizadas por autoridades de gobierno o por grupos de poder o influencia en asuntos como el nombramiento y ascenso de los jueces o su presupuesto y remuneración, estas acciones podrán ser más sutiles y potencialmente peligrosas.

Como puede verse, no existe claridad ni consenso sobre el concepto de “juicios paralelos”, aunque todas las versiones hacen referencia a un objeto general común y de gran relevancia en la actualidad. Sin embargo, esta imprecisión del concepto y de su contenido no nos permitirá dar desde él un desarrollo de los actos y circunstancias que lo caracterizan.

Para ello, haremos referencia a los bienes jurídicos que pueden ser afectados por un ejercicio inadecuado o impropio de las libertades comunicativas.

Desde ese mismo planteamiento, caracterizaremos al “juicio paralelo” por su capacidad efectiva que tiene para afectar significativamente bienes jurídicos relevantes.

4.2.- Capacidad de los “juicios paralelos” para afectar bienes jurídicamente protegidos

Para el objeto de nuestro estudio, y en general para cualquier análisis jurídico, las comunicaciones relevantes (y que constituyen un verdadero “juicio paralelo”) serán aquellas que puedan afectar o entrar en conflicto con otros derechos protegidos.

Antes de entrar al análisis de este fenómeno, creemos importante señalar que en materias de comunicación el efecto no siempre será producto de la voluntad del “emisor”, sino que dependerá en buena medida del receptor y de un conjunto de factores ambientales.

De este modo, tenemos la paradoja de que muchas veces un acto cometido sin intención de dañar resulte socialmente lesivo, así como una acción orquestada con un propósito determinado pueda no provocar efecto alguno (o incluso el efecto contrario). Así, el tratamiento adecuado para cada noticia es un asunto complejo y delicado, pues su impacto en la opinión pública dependerá muchas veces de factores acumulativos, ambientales y sistémicos, de los cuales no es posible hacer responsable a nadie.

De esta forma, una noticia que de por sí no sea suficientemente dañosa podrá ser calificada como perniciosa cuando es parte de una cadena de noticias, haya sido esta orquestada o espontánea. Incluso en este marco, para complicar aún más las

⁴³ QUINTERO OLIVARES señala que “es absurdo sostener que un juicio paralelo puede turbar la independencia judicial (...) salvo que la jurisdicción esté a cargo de personas inadecuadas para ejercerla”. Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *“Libertad de Prensa y Protección de la Independencia e Imparcialidad Judicial”*, Revista del Poder Judicial, No Extraordinario 13 sobre Libertad de Expresión y Medios de Comunicación (1990), p. 358.

cosas, cuando existe una campaña comunicacional, pocas veces la ausencia de una noticia específica logrará afectar los resultados comunicativos globales (criterio de la *conditio sine qua non*).

Para aclarar este punto, podemos hacer un símil con una acción contaminadora específica (un ruido, una polución, un medicamento defectuoso, etc.). Si bien ella puede ser irrelevante individualmente considerada, su presencia en conjunto con otros elementos, así como su acumulación, puede volver un entorno intolerable, llevando a decretar la prohibición absoluta de ciertas conductas menores en un ambiente que ya se encuentra saturado, o que por cualquier razón aparece como especialmente vulnerable. Por ello, regular esta materia resultará complejo, y deberá atenderse a la totalidad de los efectos de un proceso comunicacional múltiple y complejo, y a la real protección de determinados bienes jurídicos antes que a la intencionalidad de una determinada conducta individual. Además, no se conocen adecuadamente los efectos producidos por los medios de comunicación en las decisiones judiciales⁴⁴.

Considerando lo anterior, podemos decir que en los casos en que un medio informe sobre un asunto judicial, sin que ello provoque consecuencias inadecuadas, simplemente estaremos frente a un caso de pleno ejercicio de un derecho y de perfecto logro de los objetivos buscados, pues la amplia investigación y difusión de asuntos judiciales es unánimemente reconocido como un asunto de interés público, sobre la que conviene contar con la mayor y más variada apertura informativa⁴⁵.

Por el mismo motivo, dejaremos fuera de nuestro estudio aquellas informaciones que puedan resultar molestas, más no ilegítimas, pues sabemos que en el ejercicio de la libertad de expresión e información se permite afectar y restringir otros derechos, obligando a algunas personas, merced a un proceso de ponderación, a que soporten dicha carga en beneficio del mayor interés colectivo perseguido.

Por otro lado, dado que una de las características esenciales del juicio paralelo es su capacidad para afectar la actividad jurisdiccional, y muy particularmente, la imparcialidad del juzgador, se ha sostenido que ellos sólo pueden ocurrir en forma simultánea al juicio, o en forma previa, en los casos en que los efectos de la información realizada es capaz de persistir y producir efectos durante el desarrollo del mismo⁴⁶. Siendo así, las expresiones realizadas con posterioridad a la sentencia judicial tampoco formarán parte de nuestro concepto de “juicio

⁴⁴ Claus ROXIN, “*El Proceso Penal y los Medios de Comunicación*”, Revista del Poder Judicial, No 55 (1999), p. 83.

⁴⁵ Para JUANES PECES, ello ni siquiera constituiría una situación de un “juicio paralelo”. Ángel JUANES PECES, “*Los Juicios Paralelos. El Derecho a un Proceso Justo*”, en Justicia y Medios de Comunicación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), p. 63.

⁴⁶ “Por juicio paralelo se entiende algo más que una opinión concreta, que una opinión jurídica, que una editorial de un periódico (...) en mi opinión el concepto de juicio paralelo debe conectarse con la existencia de un proceso judicial vigente en curso. Un proceso judicial que además debe estar pendiente de resolución. Un juicio paralelo tiene que ver con la intención de influir en el proceso judicial. Es una campaña anterior a la sentencia (...) por motivos que no responden a la verdad procesal o material, sino a otros intereses.” “el juicio paralelo intenta condicionar el enjuiciamiento, en la aplicación de la ley, para que sea afín a los intereses y a las convicciones ideológicas o políticas del que transmite la información (...)”. Ángel JUANES PECES (2012), ob. cit., nota 24, p. 108-109.

paralelo”, pues ellas no tendrían la virtualidad de influenciar al juzgador en uno u otro sentido. Tampoco podrá afectarse de este modo los derechos de las partes al debido proceso y a la presunción de inocencia.

Por la misma razón, no consideraremos dentro de la categoría de “juicios paralelos” a las informaciones sobre un juicio si su intensidad no es lo suficientemente intensa como para afectar la imparcialidad e influir razonablemente en su resultado, ni aun cuando ellos realicen conjeturas sobre el mismo y la participación que quepa a diversas personas⁴⁷.

Con estos argumentos, hemos limitado el concepto de juicio paralelo a las actuaciones informativas que ocurren mientras se desarrolla un proceso jurisdiccional relativo a la misma materia, y en forma muy excepcional, cuando estas ocurren antes del mismo, pero tiene la capacidad de afectarlo. De esta forma, aunque los asuntos que pueden ser calificados como juicios paralelos son muy minoritarios, aunque constituyen una patología tan grave que merece que sean estudiados “desde que empiezan a desarrollar las primeras actuaciones de la investigación judicial”⁴⁸.

Sin embargo, el asunto no es tan fácil de resolver ni tan sencillo, pues las comunicaciones posteriores ofrecen otros problemas y pueden generar una serie de efectos dañinos relevante, igualmente dignos de análisis doctrinal, jurisprudencial y político.

Además, no toda la doctrina ha comprendido este concepto en forma similar, aunque en general se comparten los alcances de su potencial peligrosidad. APALATEGUI, por ejemplo, señala que puede haber diferentes tipos de juicio paralelo, de acuerdo a cómo se hayan producido. Con ese criterio, distingue entre los juicios paralelos simplemente informativos, generalmente sin mayor relevancia jurídica, y los juicios paralelos agresivos, que si resultan preocupantes

⁴⁷ STC 136/1999 FJ 9, señaló por un lado que: “es cierto que efectuar declaraciones en el curso de un proceso acerca del sentido que debiera tener el fallo y aventurar el sentido del voto de los Magistrados que forman parte de un órgano judicial no contribuye positivamente a la incolumidad del ejercicio de la función de juzgar constitucionalmente encomendada a los Jueces y Tribunales”, pero al mismo tiempo de sostener lo anterior, estimó que en el caso analizado las presiones no fueron “suficientemente incisivas” como para provocar un “juicio paralelo” o propiciar un “clamor popular”.

La STC 195/1991, FJ 6, consideró que el hecho que se emitan noticias sobre unos hechos criminales no trasluce un ánimo tendente a crear un determinado estado de opinión acerca de los mismos. Y aun suponiendo que la indignación pública hubiera se muestra que tal indignación haya perjudicado en nada al ejercicio de los derechos de defensa del acusado en el seno del proceso; ni se ve cómo en modo alguno las hipotéticas corrientes de la opinión pública hubieran podido influir en unos Magistrados profesionales, llamados a conocer de los hechos y los argumentos de las partes a través de los cauces del juicio oral, y llamados a decidir colegiadamente y rodeados de todas las garantías propias del Poder Judicial, de entre las que cabe destacar su independencia y sumisión al imperio de la ley (art. 117.1. CE.). Luego profundiza sobre este tema, señalando que el hecho “que los «media» se hagan eco de lo ocurrido durante el juicio no sólo no merece en principio reproche constitucional alguno, sino que forma parte de las garantías del propio acusado frente a quienes ejercen potestad pública, y como tales se encuentran protegidas como derecho fundamental por los arts. 24 y 120 de la Constitución (STC 30/1982)”.

⁴⁸ Pedro APALATEGUI ISASA, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos”* (Ponencia), Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 202.

porque buscan lesionar los bienes jurídicos vinculados al proceso y que son protegidos constitucionalmente⁴⁹.

No nos referiremos acá a ellas en forma detenida, pero al menos adelantaremos nuestra opinión en cuanto a que se justifica plenamente que ellas sean incluidas dentro de otras categorías relacionadas, facultando al Estado a tomar las medidas adecuadas para la plena vigencia de los derechos en juego. Aunque, reiteramos que para todos los efectos de nuestro trabajo, ellas no constituyen una situación de “justicia paralela”.

Por todo lo ya dicho, podemos decir que los casos que serán objeto de análisis en este trabajo serán aquellos donde las expresiones informativas relativas a un juicio o a los tribunales de justicia que los sustentan produzcan afectaciones a otros bienes o derechos sin contar para ello con justificación constitucional (o existiendo duda sobre su legitimidad). Ciertamente ello supera el concepto dado de “juicio paralelo” arriba ofrecido.

Demás está decir que en los casos en que la interferencia sea ilegítima, el Estado deberá tomar todas las acciones que permitan restringirlos, desincentivarlos, evitarlos o reducir sus efectos negativos⁵⁰. Por tanto, nos referiremos también a algunas de las medidas que pueden ser adoptadas en consideración a este punto.

Es difícil determinar a priori que bienes jurídicos y derechos fundamentales podrían ser afectados por un juicio paralelo. Pero es claro que entre ellos estarán el derecho a un proceso debido y a un juicio justo, el derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar, y sobre todo al derecho a la presunción de inocencia⁵¹.

4.3.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional frente a los juicios paralelos

El Tribunal Constitucional ha hecho referencia expresa a los juicios paralelos en algunas de sus sentencias, desarrollando una doctrina que en lo sustancial parece uniforme. Sin embargo, ellas se refieren principalmente a la capacidad de dichas acciones mediáticas para afectar la imparcialidad de los Tribunales, tanto en forma material como en cuanto a la idea que de ella conviene que tenga la ciudadanía, no pronunciándose sobre otras posibles lesiones.

Así, por ejemplo, la STC 136/1999 en su FJ 8 señala que “la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación⁵²”. Pero agrega que sobre todo, ella se debe no sólo porque las declaraciones realizadas en los medios de comunicación acerca de procesos en

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ STC 187/1999, FJ 10. En un sentido similar, STC 136/1999 FJ 8; CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 abril 1979, párrafo 63; CEDH N° 19983/92, *De Haes and Gijssels v. Bélgica*, de 24 de Febrero 1997, párrafo 37; y CEDH N° 22714/93, *Worm v. Austria*, de 29 de Agosto de 1997, párrafo 50 y 54.

⁵¹ VV.AA. (GÓMEZ SÁNCHEZ, P., MÉNDEZ MACÍAS, A., DUQUE BARRIL, C), Juicios paralelos, citado por Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ publicado en La Ley Penal, N° 90, Febrero 2012, Editorial LA LEY, p 1-2.

⁵² Esta expresión es utilizada reiteradamente en el contexto español y proviene de la ATC 195/1991, FJ 6.

curso pueden influir en el prestigio de los Tribunales, sino porque “pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales” reconociendo que lo publicado puede influir en la decisión de los Jueces, así como hacerles llegar informaciones que no están en el proceso y que no han gozado de la protección y garantías del proceso. El Tribunal Constitucional Español ha señalado que “cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar”⁵³.

Asimismo, la STC 187/1999, FJ 10, se refiere al deber y a las facultades del juez para evitar juicio paralelo que perturbe la marcha del proceso, con lo cual lo vincula directamente a este objetivo y a la existencia de un juicio pendiente⁵⁴.

Asimismo, ha señalado que la salvaguarda de la “autoridad e imparcialidad” del poder judicial puede exigir restricciones a la libertad de expresión e información, pero ello no puede llegar a impedir o limitar permita limitar el debate público sobre asuntos judiciales pendientes. Especialmente, estas restricciones a las libertades de expresión y de información podrían establecerse, “a pesar del carácter esencial de estas libertades en una sociedad democrática” cuando se afecte la presunción de inocencia, entendida en un sentido amplio, es decir, cuando lo informado puede llevar “a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena”⁵⁵.

De la doctrina expuesta podemos extraer algunas conclusiones:

a) La Constitución ofrece “cierto grado de protección” frente a los juicios paralelos seguidos en los medios de comunicación⁵⁶.

La expresión “cierto grado” debe entenderse como una protección limitada y sujeta a ponderación, vinculada al conflicto o tensión que supone la vigencia de los derechos asociados al debido proceso y a los de libertad de expresión e información.

Sometidos a un procedimiento de balanceo, como corresponde a cualquier situación de colisión entre derechos constitucionales, no será claro cuáles deban primar ni en qué forma o medida, sino en relación a cada caso concreto y sus

⁵³ STC 136/1999, FJ 8, citando la sentencia CEDH N° 22714/93, *Worm v. Austria*, de 29 de Agosto de 1997, párrafo 54 (por ambas citas).

⁵⁴ STC 187/1999, FJ 10, señala que “advertidas todas estas circunstancias, y sin prejuzgar el fondo del asunto, el Juez de Instrucción consideró deber suyo proteger a los eventuales perjudicados con la revelación de aquella información, con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 LECrim., y a las partes en el proceso judicial frente a aquello que pudiese perturbar la adecuada y correcta marcha del proceso judicial con indeseables “juicios paralelos” en los medios de comunicación, que bien podrían conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E. STC 171/1990, FJ 9, ATC 195/1991, FJ 6; Sentencias de la CEDH caso *The Sunday Times I*, de 26 de abril de 1979, *Observer y Guardian*, de 26 de abril de 1991) de las partes en esa causa penal. Razones y motivos que serán confirmados luego por el Auto de la Audiencia Provincial que resolvió la apelación interpuesta por los ahora demandantes de amparo contra el del Juez de Instrucción”.

⁵⁵ STC 136/1999, de 20 de julio (caso de la Mesa Nacional de HB).

⁵⁶ STC 136/1999, FJ 8 (por todas las citas).

circunstancias. Por ello, es correcto decir que habrá protección contra los juicios paralelos, aunque no podrá anticiparse el grado de la misma, que dependerá de los factores propios de cada caso⁵⁷.

Cabe señalar que esta solución nos muestra una vez más la imposibilidad de dar plena protección a todos los bienes protegidos al mismo tiempo. Si la protección dada a la imparcialidad fuera absoluta, como lo planteaba la doctrina del mínimo perjuicio, parcialmente vigente en Inglaterra antes del caso *Sunday Times*, no existiría la posibilidad real de informar respecto de procesos en curso en forma legítima. Por tanto, cierto grado de lesión deberá aceptarse para permitir la realización de los objetivos propios de la publicidad procesal y de la libertad de información.

b) El respeto por la Administración de Justicia⁵⁸, el derecho a recibir un juicio justo⁵⁹, y la apariencia de imparcialidad del Tribunal sentenciador, son algunos de los bienes amenazados por los juicios paralelos. Todas ellas deben llevar a que los

⁵⁷ La ATC 195/1991, FJ 6, reconoce la posibilidad de que el derecho a un Tribunal independiente sea afectado a causa de las presiones desatadas por los medios de comunicación, por lo que puede ser protegido. En el FJ 6, se reconoce “la preocupación ante el riesgo de que la regular administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto, y que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se inicia al público a formarse una opinión sobre el proceso de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo juicio en los medios de comunicación”. Además, agrega que: “parece razonable deducir, como hace el recurrente, que la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación, en la medida en que pueden interferir el curso del proceso penal, y prejuzgar y perjudicar su defensa en el seno del proceso (dejando, pues, al margen la consideración de eventuales repercusiones en derechos sustantivos, como p. ej. al honor y los restantes del art. 18). Esta inicial protección, no obstante, se encuentra contrapesada seriamente. Externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20; pues aunque los derechos que dimanen del art. 24 suponen límites al ejercicio de tales libertades (art. 20.4 en cuanto hace referencia al “respeto a los derechos reconocidos en este Título”; en este sentido también la sentencia de la CEDH Barfod, de 22 de febrero de 1989), lo contrario es igualmente cierto. Internamente, la protección del acusado frente a los media encuentra límites dentro del propio art. 24, porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5 del art. 24.2)”.

La STC 136/1999, FJ 8, señala que el criterio sentado en el ATC 195/1991 señala que “la protección que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos “se encuentra contrapesada (...), externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 C.E. (...); internamente (...), encuentra límites dentro del propio art. 24 C.E., porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5º del art. 24.2 C.E.)”. De ahí que, si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión (art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos), ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales (STEDH caso Worm, párrafo 50) (...)”.

⁵⁸ STC 69/2001, FJ 6.

⁵⁹ CEDH N° 22714/93, Worm v. Austria, de 29 de Agosto de 1997, párrafo 50. BERLANGA RIVELLES considera que en ciertos casos excepcionales los juicios paralelos pueden afectar el derecho a un juicio justo, lo que permitiría justificar limitaciones al derecho a la información, más allá del secreto sumarial. Señala como ejemplos de ello la prohibición judicial “de la publicación de datos e informes atinentes a un proceso concreto, aunque estos hubieran sido obtenidos lícitamente, o, a tipificar como delictivos determinadas conductas de los medios de comunicación que puedan interferir en la imparcialidad de los Tribunales”. Citado por Angel JUANES PECES, “*Los Juicios Paralelos*”, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas (1999).

tribunales sean vistos como el lugar adecuado para resolver adecuadamente las controversias jurídicas dentro de la organización social⁶⁰. Es decir, se reconoce por esta vía la importancia institucional que tiene que la comunidad confíe en sus tribunales de justicia y en la capacidad y suficiencia de los mecanismos legales establecidos para solucionar controversias en forma imparcial.

c) En cierta forma, los juicios paralelos ejercerían una cierta *usurpación de funciones* “si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo juicio en los medios de comunicación”⁶¹.

Obviamente, esta expresión sólo puede ser entendida en un sentido impropio, amplio, no legal.

d) Pese a que toda la lógica de la jurisprudencia construida sobre esta materia se refiere a las declaraciones realizadas mientras está pendiente la solución de un asunto judicial, el Tribunal Constitucional se refiere indistintamente a la protección frente a “declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos”. Estimamos que con ello se ha querido utilizar una expresión más comprensiva de las situaciones de riesgo que conviene limitar, pues bien podría darse el caso de expresiones aisladas (que no formaran parte de un juicio paralelo) o de situaciones que por los criterios utilizados para definir a un juicio mediático (intensidad, etc.), pudieran escapar del ámbito que esta jurisprudencia ha querido abarcar.

e) Cuando nos enfrentemos a una situación de proceso paralelo, no será necesario “probar que la influencia ejercida haya tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia haya tenido lugar (...)”⁶². Asimismo, se ha señalado que la presencia de cámaras en los juicios puede afectar a quienes participan en ellos y fomentar “juicios paralelos”, por lo que es posible restringirlas⁶³.

⁶⁰ ATC 195/1991, FJ 6 (citando a la CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 abril 1979, párrafo 55).

⁶¹ 195/1991 ATC 195/1991 se refiere directamente a las lesiones que pueden provocar a la actividad jurisdiccional las actuaciones realizadas por la prensa, aunque reconoce el carácter público y noticioso de los procedimientos penales, en especial luego de la apertura del juicio oral. en este mismo sentido, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979 (asunto *Sunday Times*, párrafo 63) y de 29 de agosto de 1997 (asunto *Worm*, párrafo 54). STC 69/2001, FJ 6. “La preocupación ante el riesgo de que la regular administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto, y que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión en sobre el objeto de una causa pendiente de sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo juicio en los medios de comunicación, ha sido considerada una preocupación legítima por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marea del Convenio de Roma (STEDH *Sunday Times*, 26 abril 1979, FJ 63)”. JUANES PECES (1999), ob. cit., nota 59.

⁶² STC 69/2001, FJ 6, citando la CEDH N° 22714/93, *Worm v. Austria*, de 29 de Agosto de 1997.

⁶³ STC 57/2004, FJ 4: “no está excluido que la captación de imágenes en el proceso pueda producir una viva impresión en los que intervienen en el mismo. La instalación y utilización de cámaras de captación de imágenes puede, sin duda, suscitar efectos intimidatorios, por ejemplo, sobre los procesados en un juicio penal, sus defensores y los testigos, lo que podría ser suficiente para excluir la presencia de aquéllas (STC 65/1992, de 29 de abril, FJ 2). Por otra parte, en

Finalmente, cabe señalar que la comprensión que ha dado al concepto de “juicio paralelo” el Tribunal Supremo es más amplio que el acá señalado⁶⁴.

4.4.- Motivaciones existentes en la generación de los juicios paralelos

Conviene detenerse un momento en las razones e intereses que alimentan la justicia mediática.

Entre las más importantes, señalaremos las siguientes:

- 1) Interés en presionar al Tribunal, aumentando los costos sociales o frente a la opinión pública de fallar en un sentido u otro. Esta presión puede ser coordinada entre una de las partes y el medio.
- 2) Interés de provocar en la opinión pública una idea diferente respecto a la culpabilidad o inocencia de una persona que la señalada por la sentencia judicial, o de obtener un determinado beneficio de cualquier tipo por vía extraprocesal (presiones para negociar, pérdida de imagen, etc.)⁶⁵.
- 3) Influir en la opinión pública para dañar o beneficiar la imagen de una persona, generalmente una figura pública o un político.

algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado "juicios paralelos", frente a los que "la Constitución brinda un cierto grado de protección (...) en la medida en que pueden interferir el curso del proceso" (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6). Y la simple instalación de los normalmente complejos medios técnicos necesarios para captar y difundir estos mensajes podría, por sus exigencias de tiempo y espacio, en determinados supuestos, perjudicar el ordenado desarrollo del proceso indispensable para la correcta administración de justicia. Si, como este Tribunal ya ha declarado, los derechos del art. 24 CE pueden constituir límites al ejercicio de la libertad de información (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6), es razonable afirmar que esos límites a los derechos del art. 20.1 d) CE podrán llegar tanto más lejos cuanto mayor sea el grado del perjuicio que éstos puedan suponer a los derechos de defensa; y que ese grado de perjuicio, sin duda, se intensifica en el caso de la captación y difusión de información visual". En forma idéntica se pronuncia la STC 56/2004, de 19 de abril de 2004.

⁶⁴ STS de 9 de febrero de 2004, que señaló que “el referido reportaje, al contener juicios de valor sobre la culpabilidad del actor, no ya en forma precisamente subliminal, sino bien clara y patente, a modo de juicio paralelo, a los que tan aficionada es la prensa, y que más que informar desinforman y atacan frontalmente el principio constitucional de presunción de inocencia, predisponiendo a la opinión público contra la persona que se señala, la que indudablemente resulta así desprestigiada y vejada, por someterla así a un ataque injustificado a su honor, dignidad y estima propia y por los demás, como aquí sucede, y ha quedado sentado como hecho debidamente probado, que actúa como divulgación irresponsable por tendenciosa y marcada a protagonizar al demandante como autor comprobado del delito de agresión sexual, del que fue absuelto por sentencia”. El Tribunal Supremo también ha reconocido la capacidad de que el desarrollo de un juicio con todas las garantías, y el derecho a la presunción de inocencia pueden ser afectados por “el clima social imperante”. STS de 4 de marzo de 1991.

⁶⁵ En la Instrucción nº 3/1993 del Ministerio Fiscal, de 16 de marzo, se señala **que** “a las razones de naturaleza material, en los últimos años, la duración de los juicios se ha visto afectada por “otra causa de carácter especial, a saber, la rentabilidad extra procesal de un litigio prolongado en demasía y objeto de continuo tratamiento informativo”.

4) Interés de realizar una verdadera justicia paralela, estimulada por la crisis de confianza en los tribunales, la demora en la aplicación de justicia, la sensación de impunidad o agravio que en una víctima pueda existir, entre otras⁶⁶.

5) Interés de los medios de comunicación de captar la atención de la opinión pública por medio de noticias de alto impacto, y obtener con ello un beneficio económico. Ello podría llevar incluso que incluso al pago por informaciones a policías, jueces, y a los propios involucrados, convirtiendo el delito, o a las faltas de probidad en una actividad lucrativa.

6) Interés de algunas autoridades de mostrar una imagen de eficiencia⁶⁷.

No es nuestro interés en estas páginas de desarrollar cada una de estas situaciones. Pero realizaremos algunos comentarios generales.

El primero de ellos será que estas causas pocas veces actúan en forma autónoma, sino que generalmente coinciden⁶⁸. Por ejemplo, el interés de los jueces e investigadores de mostrar una imagen de eficiencia favorecerá la existencia de relaciones ilícitas de complicidad entre ellos y los informadores. Muchas veces, las informaciones sobre los casos y las vulneraciones del secreto de sumario son realizadas por el propio juzgador, incluso con cierta buena intención⁶⁹.

⁶⁶ ORENES RUIZ, señala que la negativa valoración de que goza la justicia se vincula a que es percibida “como un poder oscuro, secreto e incomprensible” y al “corporativismo existente entre los miembros del poder judicial y su estrecha vinculación, en ocasiones, al juego de los partidos políticos”. Ello sería aumentado por “la tradicional difícil relación entre periodistas y los jueces”. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 25, p. 95.

El estudio o Informe General “Barómetro interno de opinión de la abogacía española 2013” de 2013 destaca el elevado consenso existente entre los abogados frente al Poder Judicial, que “técnicamente roza la unanimidad”, y señala que el 74% de los abogados define como mala o muy mala la forma en que actualmente funciona la justicia de España, aunque un 77% considera que ello se debe a la forma en que está organizada y no a las personas que la componen.

Asimismo, se destaca que un 67% estima que los jueces saben preservar su independencia. Barómetro interno de opinión de la abogacía española 2013 informe General 31 de enero de 2013.

En el estudio Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) barómetro número 2861, de febrero del 2011, un 77% señaló que el primer problema de la justicia era su lentitud.

Sin embargo, el 5 de Diciembre de 2013 en Madrid, la Fundación Wolters Kluwer presentó el Informe 2013 de la Actividad Judicial elaborado por el Observatorio de la Actividad de la Justicia señala que los indicadores de calidad de los tribunales mejoran por segundo año acumulando casi un 5%. Entre los factores que explican lo anterior está el descenso de la carga de trabajo (-1,88%) y la mayor celeridad en la resolución de los procedimientos. Cabe señalar que en años anteriores (2008-2009) la tendencia era la opuesta.

⁶⁷ “La autoridad que persigue el crimen, sobre todo la policía, tiene interés en demostrar los éxitos obtenidos, sobre todo cuando se trata de un asunto de interés público, lo cual induce fácilmente a que se hagan manifestaciones (...). En casi todos los supuestos los medios de comunicación dependen de dicha información, porque no disponen de otras fuentes”. Claus ROXIN (1999), ob. cit., nota 44, p. 76.

⁶⁸ Para JUANES PECES, los juicios paralelos obedecen a diversas motivaciones, desde la simplemente comercial hasta las ideológicas y políticas. Ángel JUANES PECES (2007), ob. cit., nota 45, p. 64.

⁶⁹ Según MARÍN, “En otras ocasiones son los jueces los que se preocupan de informar a la opinión pública (...) son jueces y fiscales que de manera anónima prefieren contar la información sobre los procesos con rigor, como una labor social. Reconozco que son los menos, pero existen. Otros, sin embargo filtran sumarios para justificar medidas que de otra

En otras ocasiones, serán las partes las interesadas en que algunas informaciones trasciendan a la opinión pública, de modo que “no siempre el actor del proceso penal es una víctima de los medios. Muchas veces es cómplice”⁷⁰.

La utilización de los medios de comunicación como un mecanismo punitivo alternativo, más rápido y eficiente a los ojos de los interesados, lleva a un continuo círculo vicioso, que profundiza el desprestigio y falta de confianza de los integrantes del Poder Judicial. Además, ello tiene un incentivo doble: la instancia periodística no agota ni impide la vía jurisdiccional, y además, si no se reacciona primero, se corre el riesgo que lo haga la contraparte, pero en un sentido diferente al deseado, pues en materias comunicacionales tiene plena vigencia aquello de que *quien pega primero pega doble*.

Pero este tipo de tratamiento mediático genera daños en la salud, en la vida privada o en los negocios del inculpado, los que “normalmente no pueden ser reparados tras la absolución⁷¹”, y debiera constituir un llamado de atención para, al menos, adoptar medidas para acelerar los resultados de la actividad judicial.

También creemos oportuno recordar lo señalado más arriba, en el sentido que aquellas sociedades con un Estado de Derecho más consolidado, la justicia paralela de los medios de comunicación constituirá una situación generalmente negativa. Pero en sociedades con instituciones débiles e imperfectas, las acciones de la prensa pueden ser una buena manera de luchar contra el abuso, la corrupción y la tiranía.

Por otro lado, es evidente que los medios de comunicación pueden presionar por la absolución de un culpable o la condena a un inocente, así como por la imposición de penas mayores o menores a las que correspondería si se estuviera frente a un Juez completamente imparcial y que realice su función sin presiones, lo que abre un peligroso foco para actos de corrupción en los medios de comunicación.

De las misma manera, la prensa puede describir de modo tal la sentencia que a los ojos de la opinión pública aparezca que quien estaba condenado no lo está o viceversa, o que los hechos son de distinto grado o tenor a la compleja verdad consagrada en los expedientes. De esta forma, puede urdirse un plan comunicacional para minimizar el daño o incluso para posicionar al condenado como un triunfador ante la opinión pública, revirtiendo la sanción establecida por la ley y transformando una derrota judicial en una victoria comunicacional⁷².

manera podrían parecer injustas o que pueden no ser muy bien interpretadas”. Manuel MARÍN (2012), ob. cit., nota 15, p. 215.

⁷⁰ Ibid., p. 214.

⁷¹ Claus ROXIN (1999), ob. cit., nota 44, p. 81.

⁷² De esta manera, los medios de comunicación constituyen una especie de “provocatio ad populum” moderna, de “recurso final”, ejercido frente al tribunal de la ciudadanía, que generalmente tenderá a reaccionar en forma más emocional que un tribunal. Por ello, el éxito de esta campaña comunicacional, utilizada sobretodo en casos de figuras públicas y políticas, dependerá en buena medida de la capacidad que exista para generar esa sensación en la opinión pública (y ello dependerá a su vez de muchos factores).

Pero este tipo de instrumentalización de la prensa también puede afectar a los medios de comunicación y dañar su credibilidad, lo que afectará el proceso de formación de opinión pública.

Creemos que la prensa, por respeto a uno de los pilares de la institucionalidad política -la misma que le permite el ejercicio de sus amplias libertades- debiera preocuparse especialmente de evitar esta situación, dejando siempre clara la diferencia entre inculpação y condena, incluso sabiendo que repercutirá en un deterioro de su función de espectáculo y por lo mismo de su consumo masivo.

4.5.- Insuficiencia de las medidas existentes en el ordenamiento español para proteger a los Tribunales de Justicia frente a situaciones de afectación de la imparcialidad del Tribunal producidas por juicios paralelos

Se ha criticado la falta de mecanismos para proteger la imparcialidad del Poder Judicial y los derechos de quienes participan en un juicio frente a las agresiones mediáticas y juicios paralelos.

Al respecto, BRAVO señala críticamente que existe una contradicción entre el proceder de los tribunales y el de los medios que debiera ser ajustado, porque mientras por un lado “los tribunales anulan todos los días confesiones obtenidas con vulneración de derechos por supuestos de tortura o, sencillamente, porque proceden de una mala información de derechos o del pinchazo de un teléfono realizado con una deficiente autorización judicial”, la prensa goza de un estatuto laxo y opuesto, agregando que el mismo esquema constitucional no debiera permitir a los medios convertirse en una excepción al régimen de garantías establecido para todos⁷³.

Pese a que la jurisprudencia señala que la Constitución brinda “cierto grado de protección” frente a los juicios paralelos, no hay en el ordenamiento jurídico una estructura de protección adecuada para evitarlos⁷⁴.

La primera vía con la que cuenta el justiciable para garantizar su derecho a un juez imparcial viene determinada por las causas legales de abstención y recusación⁷⁵, ninguna de las cuales hace referencia a la pérdida de imparcialidad a causa de las presiones ejercidas por una campaña mediática o por un juicio paralelo⁷⁶.

Luego, durante el juicio, son conocidas las medidas que se adoptan para resguardar la falta de presiones externas, que van desde la reclusión de los mismos en un mismo recinto, la restricción en sus comunicaciones, la prohibición de revisar medios que informen sobre la materia, la omisión de sus

⁷³ Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2, p. 60.

⁷⁴ Juan Alberto LECAROS URZÚA (2014), op. cit. nota 287, p. 176.

⁷⁵ La recusación tiene por objeto asegurar la imparcialidad del titular del órgano jurisdiccional. Maria del Carmen CALVO SANCHEZ, “Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional”, S.A. Atelier Libros (2009), p. 34, citando el auto pleno 394/2006 de 7 de noviembre, FJ4.

⁷⁶ STC 60/1995, y la STC 162/1999.

nombres frente a la opinión pública (excepción al principio de publicidad), etc. El secreto de sumario también tendría un efecto en este sentido⁷⁷.

Los demás bienes jurídicos personales e institucionales afectados por una actividad informativa relativa a los asuntos judiciales tampoco presentan una protección adecuada. Pero esta materia será tratada en forma independiente, cuando analicemos en particular los bienes jurídicos que pueden ser afectados bajo estas circunstancias.

5.- Análisis de dos situaciones especiales

5.1.- La (in)capacidad de los medios para explicar problemas complejos.

En España, al igual que en casi todo el mundo, los medios audiovisuales han adquirido una especial prevalencia como medio informativo de la opinión pública. Producto de ello, la administración de justicia se ha visto muy afectada, especialmente en el orden penal⁷⁸.

En asuntos judiciales, ello equivale a sostener que la gente se formará su opinión sobre los asuntos tan complejos como la culpabilidad y autoría en delitos, la aplicación de atenuantes y eximentes, e incluso sobre la calidad y capacidad del sistema legal de administración de justicia, principalmente por lo que ve de imágenes, mini reportajes y declaraciones efectuados a través de la televisión. En este escenario, dominado por “cuñas” de pocos segundos de duración, evidentemente lo más importante se vincula con las imágenes y estrategias de comunicación más que con el contenido.

Además, el ánimo de lucro y el oligopolio existente en los medios de comunicación favorecen la aplicación de estereotipos sociales, de expresiones acusatorias y condenatorias, y el estilo sensacionalista, la perversión de titulares, el empleo de palabras no neutrales, la omisión intencionada de datos, la yuxtaposición de circunstancias o hechos induciendo a establecer relaciones no constatadas, la difusión de meros rumores o de informaciones anónimas, la interpretación y reinterpretación de datos para su neutralización, la conversión de hipótesis en tesis, no dar oportunidad a la otra parte, y mil procedimientos más sirven para alejar la noticia de la realidad, a favor de planteamientos sensacionalistas o conscientemente partidistas. Se trata de “vicios” que llevan a “diseñar la realidad” en vez de a reflejarla”, lo que es especialmente grave cuando en la práctica, ello constituirá la única fuente de información y se ha depositado cierta confianza en los medios, lo que convertirá estos relatos en verdades “oficiales” y “única”⁷⁹.

⁷⁷ Rosa RODRIGUEZ BAHAMONDE, *“El Secreto de Sumario y la Libertad de Información en el Proceso Penal”*, Dykinson (1999), p. 246 y ss. (citada por Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 25, p. 280).

⁷⁸ LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *“La Verdad y las verdades en el proceso penal. ¿Hacia una justicia “dependiente” de los medios de comunicación?”*, Diario La Ley N. 5585 (2002) p. 1 – 3.

⁷⁹ *Ibidem*. Ver sobre este tema Marc CARRILLO (2004): “Informar sobre juicios no es una cuestión graciosa”, publicado en el diario El País, Madrid, 19 junio.

En esas condiciones, la capacidad de la prensa para transmitir temas tan complejos como una sentencia judicial será limitada. Sabemos que ello dependerá de muchos factores, pero las naturales restricciones de tiempo y espacio, tanto para producir la noticia como para transmitirla (en algunos medios ello es especialmente sensible, como en la televisión), sumado a la subjetividad y a los intereses propios de cada periodista, editor y controlador, no incentivan un celo por la objetividad y rigor.

Tampoco constituye un buen estímulo hacia la claridad y el rigor la ausencia de una buena fiscalización hacia la prensa, producto principalmente de una saludable tradición de ausencia de restricciones institucionales a la libertad expresiva y de la lamentable incapacidad de los consumidores de exigir y discriminar al proveedor del servicio, en materias por entero ajenas a su competencia, más allá de los criterios binarios de “aburrido/entretenido” o “bien escrito/mal escrito”. En ese escenario, la capacidad del consumidor de discriminar y “sancionar” a un mal proveedor de noticias, será limitada.

Por otro lado, la comprensión y análisis de temas complejos en corto tiempo, requiere de una preparación y entrenamiento del cual muchos periodistas carecen. En el tema que analizamos, por ejemplo, resulta evidente que los periodistas desconocen leyes y procesos, por lo que confunden y simplifican en exceso, y son objeto de manipuladores profesionales de la información, que muchas veces le entregan el trabajo casi terminado.

Por limitaciones de tiempo y recursos, tienen que basarse en información parcial, habitualmente dada por los propios interesados, lo que es incompatible con las responsabilidades de la jurisdicción, de suyo garantista y regulada.

5.2.- La formación de la opinión pública en materias de interés general no es el único objetivo de la prensa. Legitimidad y problemáticas asociadas a la industria del entretenimiento.

Hemos dicho reiteradamente a lo largo de este trabajo que el especial estatuto de garantías ofrecido a la actividad periodística se basa en la necesidad social y política de formación de la opinión pública, lo que requiere un abundante, pronto y variado flujo de informaciones veraces sobre los asuntos de interés colectivo.

Hemos dicho, asimismo, que las informaciones que no se encuadren dentro de estos requisitos no gozarán de la especial protección ofrecida por el artículo 20.1 letra d) CE, aunque ello no quiere decir que ello impida su publicación. De hecho, lo único que ello significa es que habrá contenidos especialmente protegidos, y otros que gozarán de una menor protección, la que dependerá de su fuente de legitimidad (consentimiento, lugar, etc.).

A mayor abundamiento, podemos aventurar una hipótesis, ciertamente digna de un mayor estudio, y que dice relación con la capacidad de los medios para cubrir, en alguna medida, las necesidades emocionales, culturales y cognitivas de la audiencia.

En las sociedades modernas, donde las personas tienen escaso contacto y comunicación entre ellas, podría sostenerse que el mayor espacio colectivo con que contamos son los medios de comunicación.

La prensa, mediante un ritual diario y colectivo, nos dice cómo y cuál es “nuestro mundo”. Si nuestras vidas son apagadas y planas, nos muestra espectacularidad, grandes amoríos, crímenes y catástrofes, desenmascaramientos y caídas de personajes poderosos, lugares de ensueño, vidas llenas de emoción, lujo y glamour. Todo ello, además, a través de reportajes rápidos, ágiles, fáciles de digerir y de bajo costo. Ello no representa una crítica, sino el planteamiento de una función diversa de los medios de comunicación: el entretenimiento.

En relación con nuestro estudio, ello es relevante porque es necesario señalar que la protección constitucional reforzada no es aplicable a estas materias, y porque parte importante, y al parecer creciente, de los insumos de esta industria, son las “noticias judiciales”.

En efecto, ellos tienen muchas características que los hacen atractivos: ofrecen posibilidades de relatos espectaculares, impactantes y con una fuerte tensión dramática. No son difíciles de producir, y resultan masivas y de gran demanda (razones por las que podría apostarse que la tendencia a utilizar y difundir noticias generadas en los tribunales debiera mantenerse o aumentar) y a mayor abundamiento, al referirse a hechos de interés público, pueden beneficiarse de la especial protección ofrecida por la libertad de información. Cuando se analiza jurídicamente la noción de juicio paralelo, muchas veces se omite una circunstancia fáctica sumamente relevante, consistente en que los procesos llevados por la prensa son muchas veces más interesantes y convincentes que el proceso judicial “que de ordinario no suele ser tan excitante y novelesco”⁸⁰.

Desgraciadamente, la prensa-espectáculo, tiende a desdibujar y confundir el mundo de lo narrado con el mundo real, lo que puede ser muy perjudicial y limitante para muchos, además de confundidor y engañoso respecto de la realidad.

ECO señala que “la tematización hace que la noticia se erija en lo que la retórica judicial y deliberativa clásica denominaba *exemplum*: un solo caso del que se saca (o se sugiere subrepticamente que se saque) una regla. Si se trata sólo de cuatro casos, el periódico nos hace pensar que son muchos más; si se hubieran producido muchos más, el periódico no nos lo habría dicho (...) con esto no quiero decir que la técnica de la tematización sea equivocada o peligrosa: digo sólo que nos demuestra cómo pueden expresarse opiniones dando noticias completamente objetivas⁸¹”.

Quizá este fenómeno pueda ser especialmente observado -paradójicamente- en la prensa sin filiación política estricta o rígida, guiada más fuertemente por una lógica lucrativa y por lo mismo más atenta a captar la atención de la audiencia que a difundir un determinado mensaje. En la medida que los medios guiados con

⁸⁰ Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Terenciano ÁLVAREZ PÉREZ, y Pedro RODRÍGUEZ, “La Publicidad del Sumario”, en “Libertad de Expresión y Derecho Penal”, Edersa, Madrid (1985), p. 194.

⁸¹ Umberto ECO (1998), ob. cit., nota 11. Así, por ejemplo, 2 buses quemados por la ETA, retransmitidos por todo el mundo pueden generar la sensación de un país vasco peligroso, en circunstancias que en realidad es muy tranquilo y seguro.

este propósito sean dominantes (y nada prueba que en la actualidad no lo sean), la idea ilustrada de una prensa que busque una contribución a la formación de una opinión pública informada y madura para el adecuado funcionamiento de la democracia, no pasa de ser una declaración de intenciones.

Mientras el objetivo final de los tribunales sea “hacer justicia conforme a Derecho”, y el de la prensa sea “golpear”, la diferencia de lógicas entre ambos sistemas mantendrá una brecha que en muchos aspectos será imposible de superar.

II.- Mecanismos y criterios para enfrentar y resolver los problemas generados entre la libertad de información y de expresión y los derechos relacionados con la administración de la justicia.

Siendo evidente la imposibilidad de establecer una regla única suficiente para abordar todos los casos de conflictos entre libertades comunicativas y derechos procesales, nuestro afán debe dirigirse a construir criterios que nos permitan resolverlos en forma racional y justa.

En un sistema jurídico donde los derechos fundamentales son operativos y tienen una amplia vigencia, los criterios a utilizar obedecerán a la lógica de la ponderación, por lo que girarán en torno a los principios y bienes jurídicos involucrados y a las circunstancias que los acompañan.

Dentro de este proceso, es evidente que un derecho puede ser restringido para privilegiar otro. La libertad de información y de expresión muchas veces deberá ser objeto de modulaciones y adecuaciones para salvaguardar las garantías de un proceso judicial. Así, por ejemplo, pueden restringirse comentarios que puedan perjudicar las posibilidades de una de las partes de ser juzgado en forma justa o aquellas que puedan afectar la confianza del público en los tribunales.

Asimismo, la imparcialidad judicial y los derechos de las partes podrán sufrir algún tipo de daños, legitimados por la necesidad e importancia de dar publicidad a las distintas actuaciones del proceso y a los hechos a él vinculados.

Junto con la práctica de la ponderación, algunos criterios auxiliares prestarán mucha utilidad, como por ejemplo la consideración a la persona que se ve afectada y el procedimiento y momento procesal de que se trate. Si bien estas pautas no permiten sustituir el ejercicio ponderativo, nos señalarán algunas situaciones habituales, que deberán ser respetadas salvo que las particulares circunstancias del caso aconsejen otra cosa.

Estos criterios, por tanto, suponen situaciones tipo donde la ponderación ya ha sido realizada, siguiendo la doctrina del universalismo relativo de la ponderación y la posibilidad que nos ofrece de establecer de los casos más habituales respuestas permanentes que simplifiquen la labor jurisdiccional y ofrezcan a los actores sociales una base más cierta y constante de actuación.

Analizaremos a continuación algunas de ellos, relacionadas con los elementos personales y procesales⁸².

1.- Criterios en relación a la persona para resolver algunas de las tensiones existentes entre la libertad de información y los derechos asociados a la Administración de Justicia

Un criterio útil a la hora de resolver una colisión entre los derechos analizados tiene que ver con la persona afectada, y su mayor o menor condición de “pública” o “privada”, pues los primeros están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la comunidad.

Al desarrollar este punto en la sección dedicada a la libertad de información, ya hemos señalado que el asunto de la naturaleza pública o privada de una persona no es fácil de resolver. Sin embargo, al menos nos ofrece una guía o criterio para graduar en diferentes niveles la protección a los derechos de las personas, según se trate o no de "figuras públicas" o hayan aceptado voluntariamente la exposición.

En esa escala, los políticos cuentan con la menor protección, los particulares la máxima, y los funcionarios públicos (incluidos los jueces), una situación intermedia⁸³. Ahora bien, es necesario considerar que entre todas las posibles posiciones dentro de esta escala no pueden establecerse posiciones rígidas, sino más bien una larga línea continua donde cada persona deberá ubicarse, de acuerdo a su cargo, funciones, y demás circunstancias del caso. Además, convendrá distinguir al menos entre funcionarios judiciales, jueces y aquellos que desempeñan funciones administrativas, de gobierno o sindicales, señalando que estos últimos tendrán una situación frente a la libertad de expresión similar a la que enfrentan algunos políticos y funcionarios públicos que ejercen labores de responsabilidad.

Cabe recordar que el criterio del estatus de la persona no puede considerarse como un instrumento principal, pues es el interés público del asunto en cuestión y no la persona que menciona lo que legitimará la publicidad protegida por la libertad de expresión. Por sí mismo, sólo servirá para graduar la publicidad en los márgenes de la misma.

Es altamente probable que la mayoría de los actos de las personas influyentes o de altas responsabilidades tengan un interés colectivo. Por ello, lo que realmente les da el carácter de *publicables* masivamente en un medio de comunicación, siendo amparados con el máximo de protección constitucional que ofrece la libertad de

⁸² En esto seguimos parcialmente a GIMENO SENDRA, quien plantea observar como criterios el procedimental (por ejemplo, si la actuación es pública o secreta), el subjetivo o personal (determinando si nos encontramos frente a una persona pública o privada) y el material (que supone un balance entre los derechos y bienes afectados). José Vicente GIMENO SENDRA, “La Sumisión del Juez a la Crítica Pública”, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas (1999), p. 295-306. Cabe señalar que en el ejercicio de balanceo propiamente dicho, no sólo deberán considerarse los bienes jurídicos en juego, sino todas las circunstancias concomitantes, por lo que todos los criterios y factores relevantes entrarán en dicho análisis.

⁸³ CEDH N° 13778/88, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*, de 25 de Junio de 1992.

expresión, es su carácter de *interesante e importante* para la comunidad, más que la sola determinación de su origen.

Se han planteado dudas respecto a la posibilidad de criticar a los jueces en forma similar como se hace a otros políticos. Por un lado, ellos son parte del aparato del Estado y ejercen funciones de alta responsabilidad que conviene que sean fiscalizadas y conocidas por la opinión pública. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que “la prensa representa uno de los medios de los que disponen los responsables políticos y la opinión pública para verificar que los jueces ejercen sus altas responsabilidades de conformidad con el fin constitutivo de la misión que se les ha confiado”⁸⁴.

Pero por otro lado, las exigencias propias de su rol los obligan a mantener reserva de sus actuaciones, limitando su participación en el debate público y su reacción ante las críticas⁸⁵.

Al mismo tiempo, existe un interés general en que la credibilidad y autoridad del Poder Judicial y de los tribunales de justicia no se afecte en forma injusta. En cambio, la situación de los políticos es inversa, pues ellos detentan su cargo y representan a la sociedad en base a la confianza que se deposite en ellos. De hecho, la pérdida de esta confianza es vista por el sistema político como una posibilidad y situación legítima y para la cual el sistema está institucionalmente preparado. La confianza en el sistema judicial, por el contrario, es un objetivo institucional que busca ser más sólido y permanente.

Por otro lado, a diferencia de un parlamentario o un político, los jueces deben una mayor y rigurosa obediencia a la ley en casi todas sus actuaciones, y muy especialmente a la hora de tramitar y resolver el asunto, por lo que su poder discrecional es más limitado, lo que da también menos espacio a la crítica constructiva.

Las especiales características y objetivos en que el juez desarrolla su actividad también permiten ofrecerle una protección mayor, sobre todo considerando la necesidad de garantizar el debido proceso, el respeto a los derechos de los intervinientes y la vigencia misma del derecho.

Por ello, parece posible ponderar las situaciones que afecten a jueces y políticos en modo diverso, dando a los primeros una mayor protección frente a las actividades informativas⁸⁶.

Una situación diferente y especial afecta a los más altos tribunales: Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Al dar la última palabra sobre el sentido de la ley y la determinación de lo prohibido o sancionado (incluso para aquellos casos donde la ley no ha regulado una situación en forma expresa y clara), sin que existan instancias institucionales para fiscalizar sus actuaciones, pueden pasar a jugar un rol con amplios espacios para la discrecionalidad y que en el caso del Tribunal Constitucional, a ratos incluso abarcará materias propias del ámbito

⁸⁴ CEDH N° 15974/90, *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 abril 1995, párrafo 34.

⁸⁵ STC 162/1999, FJ 9 (art. 396 de la LOPJ).

⁸⁶ STC 46/1998, FJ 5.

legislativo, por lo que respecto a ellos el ejercicio de las libertades expresivas tendrá mayor amplitud⁸⁷.

Finalmente, es discutible la tesis que afirma que los jueces se han expuesto voluntariamente a la crítica por el solo hecho de asumir una función pública. En este punto, el elemento principal del análisis no puede ser la evidente voluntariedad de asumir el cargo de juez, sino las necesidades institucionales que se esperan de esta importante función y las condiciones que contribuyen a su mejor desempeño.

2.- Criterios fundados en el procedimiento para resolver algunas de las tensiones existentes entre la libertad de información y los derechos asociados a la Administración de Justicia

Un segundo criterio orientativo nos lleva a analizar de distinto modo las diversas etapas de cada procedimiento, donde la protección que deba darse a los bienes jurídicos y derechos podrá admitir una graduación diferente.

Las expresiones informativas y las críticas al Poder Judicial pueden tener lugar en diferentes circunstancias, y sus efectos -positivos y negativos-, naturalmente, dependerán en buena medida de ellos. En otras palabras, el “cómo”, “quién”, “dónde” y “cuándo” se realicen será fundamental para evaluar sus efectos y proponer su regulación.

De hecho, como señalábamos más arriba, existe una forma de crítica cuya existencia es legítima y conveniente. Ella no solo se limita a la desarrollada en forma académica o profesional, sino a cualquiera que no busque torcidamente y por medios oblicuos influir en un caso concreto, en derechos de terceros (honra, intimidad, derecho a un juicio justo) o disminuir la confianza en la actuación de los tribunales y en la vigencia e implementación del Estado de Derecho. Un ejemplo de influencia conveniente y legítima sería aquella que plantea la discusión sobre la vigencia o derogación de una norma, los criterios seguidos por determinada doctrina o jurisprudencia, o sobre la pertinencia de realizar algunas actividades probatorias, entre otras.

En la etapa de instrucción o sumario, generalmente secreta, la publicación de noticias y gestiones relativas a la investigación puede perjudicar el éxito de la misma (ocultamiento o destrucción de antecedentes, fuga de personas, coordinación de declaraciones, presiones a testigos, etc.)⁸⁸. Una vez terminada la investigación, e iniciada la etapa del juicio oral, en cambio, regirá el principio de publicidad en plenitud, el que se verá potenciado por la libertad de información⁸⁹.

⁸⁷ STC 173/1995, FJ 6.

⁸⁸ El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 señala que la actividad investigadora tiene carácter preparatoria (más que judicial), y que una transmisión indiscriminada de su contenido a la opinión pública supone un grave atentado para el derecho de presunción inocencia (página 54) Por ello, la publicidad tiene distintos niveles según la fase del juicio (máxima en materia de juicio oral y mínima en la etapa investigadora).

⁸⁹ ATC 195/1991, FJ 6: “(...) una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata, en tanto que garantía procesal tendiente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus tribunales”.

Una vez dictada la sentencia, la posibilidad de afectar la imparcialidad del juzgador o los derechos procesales de las partes para ese caso concreto será nula, por lo que las medidas que se establezcan serán más escasas y deberán fundarse en otro tipo de consideraciones (honor, derecho al olvido, etc.)⁹⁰.

2.1.- Libertad de Expresión dentro del proceso (partes, abogados y jueces)

2.1.1.- Actuaciones realizadas por los abogados y las partes dentro de un proceso

Las actuaciones que las partes realizan dentro del proceso, más que un ejercicio de la libertad de expresión, son manifestación de su derecho de defensa o acusación, por lo que se ha sostenido que constituyen “un ejercicio de libertad de expresión reforzada”⁹¹, a la vez que una expresión del derecho a un juicio justo.

Normativamente, se ha señalado que frente a dichas expresiones se combinan y refuerzan los artículos 20.1 y 24.2 CE, así como el artículo 437.1 Ley Orgánica del Poder Judicial⁹².

El objetivo buscado por esta especial protección es garantizar la ausencia de temores en quienes intervienen en un proceso, fortaleciendo así su derecho de defensa. La existencia de sanciones frente a sus expresiones podría cohibir a algunas de las partes o a sus representantes, afectando el ejercicio de sus derechos y la realización de un juicio justo.

En este contexto, se ha aceptado que muchas de estas expresiones puedan teñirse de las emociones propias del contexto en que se realizan, generando una mayor tolerancia relativa a la presencia de expresiones que puedan ofender o molestar, aunque en la generalidad de los casos la utilización de ofensas e insultos pueda resultar innecesaria e incluso contraproducente⁹³, pudiendo incluso quedar fuera del ámbito protegido por la defensa⁹⁴.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado numerosas veces en este sentido. Por ejemplo, en la Sentencia 235/2002, referida a un abogado que había sido sancionado disciplinariamente por insultar a un magistrado, consideró que ellas

⁹⁰ Analizaremos con mayor detención estas situaciones al revisar lo atinente a la publicidad en el proceso.

⁹¹ STC 145/2007, FJ 3: “El ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los abogados de las partes consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene con la inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte. Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto cabrían de operar”. En el mismo sentido STC 113/2000; STC 205/1994, FJ 5; STC 157/1996; STC 235/2002; STC 197/2004; STC 232/2005; y STC 155/2006, FJ 4.

⁹² STC 38/1988, FJ 2 y 3; STC 157/1996, FJ 5.

⁹³ El TS ha señalado que “todo proceso es un marco de discusión donde la tensión dialéctica alcanza a veces cotas elevadas” (STS, Sala III, 17 de marzo del 2005).

⁹⁴ STC 38/1988, FJ 2 y 3; STC 46/1988, FJ 7; STC 205/1994, FJ 5; STC 157/1996, FJ 5; STC 226/2001, FJ 2; STC 79/2002, FJ 6; STC 113/2000, FJ 4; STC 117/2003; STC 65/2004, FJ 3; STC 232/2005, FJ 3 y 4; STC 155/2006, FJ 4; STC 338/2006, FJ 2 y 3; y STC 24/2007, FJ 2 y 3.

estaban amparadas por la libertad de expresión del letrado que y que debían entenderse en el contexto de la “beligerancia en los argumentos” propias de un litigio y su conexión con el derecho de defensa⁹⁵.

En un sentido similar se pronuncia la STC 65/2004, relativa a expresiones que afirmaban que una sentencia presentaba “falsedades y barbaridades”⁹⁶. En la STC 22/2005, frente a la situación de un abogado que preguntó a un testigo si le parecía que su declaración había sido recogida por el juez (siendo sancionado por ello), el Tribunal Constitucional también aplicó el mismo criterio de la libertad de expresión reforzada por el derecho a defensa, dentro del marco de la “beligerancia en los argumentos”⁹⁷.

Respecto de las ofensas realizadas entre las partes de un juicio, el Tribunal Constitucional ha señalado que ellas se pueden equiparar a las expresiones realizadas por abogados, por lo que gozan, del mismo modo, de una protección reforzada⁹⁸. Así, por ejemplo, en la disputa por la tuición de una menor, la abuela

⁹⁵ En concreto, el abogado había acusado a un juez de haber dictado una resolución "arbitraria, caprichosa, infundada, manifiestamente ilegal, groseramente contraria a derecho", lo que según la Sala de Gobierno de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, era de las acusaciones que más podían ofender a un magistrado. El TC señaló en su FJ 2 (que luego será continuamente citada por el propio TCE en otros casos similares, junto con las STC 117/2003, 79/2002, en ambas FJ 2) que existe “(...) una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye. Por tales razones, se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar. Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los arts. 448 y ss. LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervienen en los mismos. Lo dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, “que cooperan con la Administración de Justicia”, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia. Asimismo, la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial. La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atentar a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso.

⁹⁶ En este caso, la sanción disciplinaria aplicada consistió en la privación del uso de la palabra al afectado. STC 65/2004, FJ 2.

⁹⁷ En el mismo sentido, STC 232 /2005; STC 155/2006. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado una posición similar en el CEDH N° 31611/96, *Nikula v. Finlandia*, de 21 de marzo de 2002, párrafos 51 y 52; y CEDH N° 49330/07, *Alfantakis v. Grecia*, de 11 de febrero de 2010, párrafos 27, 32 y 33.

⁹⁸ STC 299/2004, FJ 4 señaló que la comprensión dada al ejercicio de defensa por parte de abogados, es “perfectamente trasladable a los supuestos de autodefensa en los que, por no ser preceptiva la asistencia letrada, es el propio ciudadano quien asume por sí mismo, en el

se refirió a su hija como toxicómana, traficante de drogas y descuidada en el cuidado de la menor, el Tribunal Constitucional anula la condena por injurias, señalando que esta expresión se debe entender como parte del ejercicio del derecho de defensa de las partes dentro de un proceso judicial⁹⁹.

Sin embargo, también han existido sentencias en contrario, que muestran que como todo derecho, éste no es ilimitado¹⁰⁰. Aun faltando elementos que nos permitan hablar de una doctrina consolidada, especialmente a nivel de jurisprudencia constitucional, estimamos que la libertad de los abogados y partes dentro del proceso encuentra su límite en aquellas que puedan afectar la imparcialidad del juez y a la autoridad y prestigio del poder judicial¹⁰¹, así como o que constituyan injurias inaceptables que entrañan un menosprecio al poder judicial¹⁰².

Por tanto, las expresiones vertidas dentro de un juicio sólo tendrán una mayor tolerancia en cuanto estén “ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”¹⁰³.

Por tanto, las actuaciones que escapan a estos propósitos no estarían protegidas en forma “reforzada”, y en los casos más graves podrán ser objeto de sanciones, considerando en todo caso que el mayor bien tutelado es el proceso mismo, y la imparcialidad y autoridad del Poder Judicial. El honor o los derechos de la personalidad del juez sólo merecen protección secundaria¹⁰⁴.

procedimiento, la defensa de sus derechos e intereses legítimos”. Ver también STC 299/2006, de 23 de octubre de 2006.

⁹⁹ STC 299/2004.

¹⁰⁰ STC 197/2004, FJ 7, que denegó el amparo a un letrado que había dicho, entre otras expresiones, que el trabajo de la jueza “parece una auténtica tomadura de pelo”, señalando que ello “entraña un evidente menosprecio de la función judicial que en nada se ordena a la defensa de los intereses del defendido por el demandante de amparo y que, por esto mismo, no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones de defensa”, añadiendo que ellas son “innecesarias a efectos del derecho de defensa y no constituyen una crítica a las resoluciones judiciales, a su contenido o los razonamientos expuestos en las mismas, sino que se dirigen directamente a la titular del órgano judicial, sin más ánimo que el de descalificarla y menospreciarla”.

¹⁰¹ STC 65/2004, FJ 2: “Asimismo hemos puntualizado que la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (STC 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso Barfod)”. La misma sentencia, en su FJ 4 señala que: “(...) debemos recordar que el bien tutelado en el art. 449.1 LOPJ no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura (STC 117/2003, de 16 de junio)”. Ver en el mismo sentido STC 235/2002, FJ 4.

¹⁰² STC 197/2004, recién citada, que afirma que el menosprecio al poder judicial no puede estar protegido, sobre todo cuando las expresiones vertidas no se relacionan con la argumentación planteada ni con los intereses de las partes.

¹⁰³ STC 157/1996, FJ 5.

¹⁰⁴ STC 235/2002, FJ 4: “el bien tutelado en el art. 449.1 LOPJ no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que

Sin embargo, con el objeto de no generar problemas procesales, el Tribunal Constitucional ha señalado que las medidas restrictivas y sanciones deben aplicarse preferentemente por la vía disciplinaria y no por la vía penal¹⁰⁵, pues ello podría afectar el derecho de defensa. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁶.

Finalmente, cabe señalar que dado el rol institucional e insustituible que corresponde a los abogados dentro de la estructura del proceso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que se les puede exigir un especial cuidado frente a aquellas actuaciones y expresiones que puedan afectar la autoridad y prestigio del poder judicial¹⁰⁷, del que de alguna manera, ellos son también partes¹⁰⁸.

2.1.2.- Expresiones realizadas por abogados y partes fuera del proceso

Las expresiones realizadas por las partes y sus abogados fuera del proceso, al no materializar una forma del derecho de defensa, no cuentan con protecciones adicionales y pueden ser objeto de restricciones específicas en consideración de la necesaria protección de la imparcialidad y autoridad del poder judicial, de la presunción de inocencia, del éxito de la investigación, y de los derechos procesales y extraprocesales de las partes, entre otros. Sin embargo, estas restricciones no pueden en ningún caso imponer una mordaza o prohibición absoluta a los abogados y sus partes de expresarse sobre los hechos del proceso, sino que sólo deberán referirse a sus casos más extremos y problemáticos¹⁰⁹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo ha entendido claramente en este sentido. Por ejemplo, en el caso *Schöpfer v. Suiza* validó las “modestas multas” impuestas a un abogado por sus declaraciones a la prensa¹¹⁰, con el objeto de proteger la confianza del público en la administración de justicia¹¹¹. En un sentido similar se pronunció la CEDH en el caso *Zihlmann v. Suiza*, en relación a la sanción aplicada a un miembro por parte del Colegio de Abogados, luego de sus declaraciones relativas a la detención de su cliente. Cabe señalar que en ambos casos la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pudo haber sido otra si la sanción aplicada hubiese tenido carácter penal o hubiese sido en cualquier forma más severa, como expresamente lo señala la sentencia del caso

institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura” (STC 79/2002, de 8 de abril, FJ 2).

¹⁰⁵ STC 92/1995.

¹⁰⁶ CEDH N° 31611/96, *Nikula v. Finlandia*, de 21 de marzo de 2002, párrafos 49 y 55.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 45.

¹⁰⁸ La CEDH ha señalado que “los abogados son una figura central en la administración de justicia al situarse en un punto intermedio entre los tribunales y los ciudadanos, de manera que su libertad de expresión esta también restringida en cuanto al modo (circunstancias de tiempo y lugar) y al objeto de su ejercicio en la medida en que resulte necesario para mantener la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia”. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), *ob. cit.*, nota 4, p. 388.

¹⁰⁹ *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966).

¹¹⁰ CEDH N° 56/1997/840/1046, *Schöpfer v. Suiza*, de 20 de mayo de 1998, párrafo, 34.

¹¹¹ *Ibid.*, párrafo 29.

*Schöpfer v. Suiza*¹¹², pues ellas podrían tener un efecto inhibitorio general y de largo aliento que en ningún caso se busca provocar.

En el caso *Nikula v. Finlandia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue más lejoso, señalando que era esperable que los abogados contribuyesen a la adecuada Administración de Justicia, y a mantener la confianza en los tribunales, aunque aceptó la posibilidad de que bajo ciertos márgenes y condiciones fueran realizados comentarios críticos en público¹¹³.

El Tribunal Constitucional ha tenido en general una posición similar¹¹⁴.

2.1.3.- Expresiones realizadas por un juez dentro del proceso

Pese a que los derechos fundamentales son por definición universales, algunas situaciones derivadas del rol social asumido por una persona, y de las expectativas que se esperan respecto de su conducta¹¹⁵, pueden justificar limitaciones o modulaciones a su ejercicio, así como exigencias específicas de diverso tipo (mayores niveles de diligencia en la verificación de lo informado, etc.). Por ello, en su informe del año 2012, el Relator Especial sobre libertad de expresión del sistema americano señalaba que “los órganos del sistema han reconocido que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los funcionarios públicos tiene ciertas características y connotaciones específicas”¹¹⁶, como claramente puede

¹¹² CEDH N° 56/1997/840/1046, *Schöpfer v. Suiza*, de 20 de mayo de 1998, párrafo 34: “Having regard also to the modest amount of the fine imposed on the applicant (...)”. Este criterio se encuentra presente en una parte importante de las decisiones condenatorias del TEDH respecto del artículo 10, donde lo que se cuestiona no es la posibilidad de imponer una medida restrictiva (que por el contrario, se valida), sino la intensidad y desproporcionalidad de la misma en un sistema democrático.

¹¹³ CEDH N° 31611/96, *Nikula v. Finlandia*, de 21 de marzo de 2002, párrafos 45, 46 y 48.

¹¹⁴ STC 107/1988, FJ 3; y STC 173/1995, FJ 6,7, y 8.

¹¹⁵ CEDH N° 48898/99, *Perna v. Italia*, de 25 de julio de 2001.

¹¹⁶ El Informe del Relator Especial sobre Libertad de Expresión del año 2012, señala en su párrafo 153 que: “Los órganos del sistema han reconocido que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los funcionarios públicos tiene ciertas características y connotaciones específicas. Así, cuando éstos ejercen su libertad de expresión están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto a constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en atención al alto grado de credibilidad de la que gozan y en aras a evitar que los ciudadanos reciban una versión manipulada de los hechos” (citando a la CIDH, caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, párrafo 131. También en CIDH, *Ríos y otros v. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafo 139; caso *Perozo y otros v. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafo 151.

Luego, en su párrafo siguiente (154) agrega que: “esta oficina ha precisado, además, que los funcionarios públicos tienen el deber de asegurarse de que al ejercer su libertad de expresión no estén causando el desconocimiento de derechos fundamentales; de que sus pronunciamientos no constituyan una injerencia arbitraria, directa o indirecta, en los derechos de quienes contribuyen a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento; y de que sus pronunciamientos no interfieran sobre la independencia y autonomía de las autoridades judiciales”.

apreciarse en los casos de jueces y militares¹¹⁷. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en idéntico sentido¹¹⁸.

Sin perjuicio de ello, históricamente se ha ofrecido una amplia protección a lo expresado por un juez dentro del proceso, limitando los cuestionamientos a las causales y cauces especialmente señaladas para ello y que rara vez ofrecerán un riesgo al juez que actúe de buena fe.

La razón para este “privilegio” es proteger la imparcialidad e independencia del juez, lo que requiere liberarlo de presiones y temores. Nada podría perjudicarlo más en su función de fallar con apego al derecho que la amenaza de una sanción penal o pecuniaria.

Asimismo, la casi totalidad de las expresiones judiciales son de poca conflictividad, pues se encuentran limitadas por las normas procesales y legales, así como por las prácticas y usos tradicionalmente seguidos por la judicatura.

Por otro lado, es necesario considerar que al emitir una resolución el juez esta ante todo ejerciendo una investidura pública constitucional y legalmente regulada, y no una libertad expresiva amparado por el art 20.1 de la Constitución Española que, entre otras cosas, supone cierta voluntariedad y libertad de configuración de su contenido.

Por estas razones, y con el objeto de reforzar la autonomía del juez, se da a sus expresiones jurisdiccionales la más alta protección, aún a sabiendas de que en su materialización puede haber errores, agravios y situaciones que escapan al ideal óptimo deseable para este tipo de actuaciones. Por ello, las medidas más fuertes (penales, desvinculación profesional, multas, entre otras) debieran ser utilizadas sólo en situaciones de extrema gravedad¹¹⁹.

Por el contrario, otras medidas más prudentes y benévolas como las derivadas del control social, los procesos de evaluación o *feedback* interno, o las correcciones técnicas realizadas a las resoluciones en instancias superiores, marcarán los criterios a utilizar en el ámbito judicial y podrán prestar gran utilidad, en un escenario donde la prudencia y corrección judicial, conocida típicamente por medio de sus resoluciones, es fundamental para el objetivo de generar confianza en la autoridad del Poder Judicial y en la Administración de Justicia.

Por otro lado, siendo evidente de que sus actuaciones pueden ser objeto de crítica y publicidad, los jueces y demás funcionarios vinculados con la Administración

¹¹⁷ CEDH N° 28396/95, *Wille v. Liechtenstein*, de 28 de octubre de 1999, párrafo 41.

¹¹⁸ STC 69/2006, FJ 4: “En el ATC 19/1993, de 21 de enero, abordando un supuesto que guarda cierta semejanza con el ahora contemplado, recordábamos la diferente posición en la que se encuentran los ciudadanos y las instituciones públicas en cuanto al disfrute de las libertades de expresión, pues, “mientras aquéllos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados (FJ 2)”.

¹¹⁹ El artículo 418.6 LOPJ sanciona la utilización en las resoluciones judiciales de expresiones innecesarias o improcedentes, extravagantes o manifiestamente ofensivas o irrespetuosas desde el punto de vista del razonamiento jurídico. Sin embargo, la STC 139/2007 FJ 6 consideró que la expresión “asesino” era utilizada en forma descriptiva y por lo cual estaba amparada por la libertad de información. Por su parte, la STC 162/1999 señaló que las expresiones inadecuadas del presidente del tribunal al acusado justificaban su inhabilitación.

de Justicia deberán actuar con máxima prudencia y cautela¹²⁰, en ocasiones superando incluso el ámbito meramente judicial, como quedó por ejemplo demostrado en el caso “Perna con Italia”, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que un funcionario judicial que milita en un partido se expone por esa sola causa a cuestionamientos y sospechas, las que pueden afectar la imagen y autoridad del poder judicial¹²¹.

Asimismo, la STS de 14 de julio de 1999 habla de una exigencia de lealtad constitucional que obliga a “abstenerse de realizar conductas que puedan hacer quebrar esa confianza social” y que sería incuestionable “en jueces y magistrados”¹²².

2.1.4.- Expresiones realizadas por un juez fuera del proceso

Demás está decir que las conductas realizadas por un juez como particular, o fuera de sus competencias legales, no están protegidas.

Incluso su rol institucional los obliga a evitar realizar actos comunicativos que puedan ser cuestionados o percibidos como una pérdida de imparcialidad o de autoridad, tanto frente a las partes como a la opinión pública.

Por ello, los jueces deben evitar cualquier acto o manifestación que pueda afectar la imagen de imparcialidad o los derechos de las partes, especialmente en cuanto a la posible inocencia o culpabilidad de una de las partes¹²³. Incluso se ha dicho que el deber de reserva jueces está establecido para “salvaguardia de su propia imparcialidad”¹²⁴.

Con este propósito, el art 396 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece un deber de sigilo respecto de hechos o noticias referidos de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones¹²⁵, así como limita la posibilidad de enviar felicitaciones o censuras a otros poderes públicos o corporaciones oficiales, sirviéndose o invocando la condición de juez¹²⁶.

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los jueces deben evitar expresiones que puedan afectar su autoridad o imparcialidad¹²⁷, cuestionando especialmente la participación de jueces en ruedas

¹²⁰ CEDH N° 48898/99, *Perna v. Italia*, de 25 de julio de 2001, párrafo 41. En el párrafo 42, se señalaba que la militancia del funcionario cuestionado era pública y notoria, lo que agravaba la situación.

¹²¹ *Murray v. Brancato*, 264 App. Div. 862, decidida el 4 de marzo de 1943.

¹²² Ver STS de 27 de septiembre de 1999, referida al “caso Hormaechea” y a la valoración de las declaraciones del Presidente del Tribunal.

¹²³ Juan Alberto LECAROS URZÚA (2014) op. cit. nota 287, p. 138.

¹²⁴ STC 162/1999, FJ 9, señala también que busca proteger el derecho a la presunción de inocencia.

¹²⁵ STC 64/2001, FJ 2.

¹²⁶ Artículo 418.3 de la LOPJ. Esta limitación es permanente y general, ya que la condición de juez no sólo se refiere a una actividad laboral, sino a un rol social que no puede dejarse de lado para invocar los derechos de un ciudadano común. El único caso que merecería dudas sería la crítica, positiva o negativa, realizada por el juez a otras sentencias.

¹²⁷ CEDH N° 28396/95, *Wille v. Liechtenstein*, de 28 de octubre de 1999, párrafo 64.

de prensa sobre asuntos pendientes¹²⁸ y validando las sanciones disciplinarias impuestas por filtrar informaciones sobre proceso *sub iudice*¹²⁹.

En todo caso, y siguiendo la regla general, toda medida que se adopte en este sentido deben obedecer a un criterio de proporcionalidad. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que algunos de los aspectos de la ley francesa de 2 de Julio de 1931, que establecía que “la publicación, antes de que la decisión judicial sea emitida, de cualquier información relacionada con solicitudes para hacerse parte de un proceso penal como parte civil bajo el Artículo 63 del [antiguo] Código de Enjuiciamiento Criminal (Artículo 85 del actual Código de Procedimiento Penal) está prohibida, bajo sanción de multas e incluso prisión en caso de no pago”, no se ajustaba al espíritu del Convenio¹³⁰.

Las situaciones que favorecen las relaciones ilegítimas o inadecuadas entre prensa y jueces son variadas, y muchas veces terminan perjudicando al proceso y al propio tribunal, y son precisamente ellas (con predominio de las entregadas por quienes tienen a su cargo la investigación) las que más favorecen la formación de juicios paralelos.

Además, dada su sujeción a la ley y al proceso, en general podrá sostenerse que cualquier comunicación del juez aportará poco y será en general confundidora y riesgosa¹³¹.

Sin embargo, hay quienes han cuestionado el hecho de que frente a este tipo de situaciones, y en especial, frente a los juicios paralelos, se haya reaccionado buscando establecer límites a la libertad de expresión de los jueces (impidiéndoles participar en programas de televisión, dar ruedas de prensa, entre otras)¹³².

Para entender bien este punto, debemos considerar que el juez no es un tercero cualquiera, sino un tercero imparcial llamado a dirigir y ordenar el proceso y a determinar el derecho de las partes. Cuando un juez, designado por el Estado y destinado a ser el único encargado de pronunciarse y resolver una cuestión, se convierte en una figura altamente expuesta hacia la opinión pública, parece razonable que la sociedad y especialmente las partes, que confiaban en su imparcialidad (“ajenidad”) y profesionalismo, se sientan inquietas, intranquilas e incluso amenazadas en la protección de sus garantías.

Bajo esta realidad, parece razonable exigir al juez que evite convertirse en protagonista de la noticia -de la cual el mismo es en parte el objeto- debiendo el legislador generar al interior del sistema legal y judicial, los mecanismos y estructuras que permitieran prevenir esta situación, permitiendo el flujo de información hacia la ciudadanía de un modo más adecuado.

A modo de anticipo, pues lo justificaremos más adelante, la figura de un portavoz judicial puede ser una creación conveniente para estos efectos y muy adecuada a

¹²⁸ CEDH N° 28396/95, *Wille v. Liechtenstein*, de 28 de octubre de 1999, párrafo 60.

¹²⁹ CEDH N° 26601/95, *Leiningen-Westerburg v. Austria*, de 20 de enero de 1997.

¹³⁰ CEDH N° 34000/96, *Roy et Mauraie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, Parte II A del fallo.

¹³¹ José JIMÉNEZ VILLAREJO, “Justicia, Información y Opinión Pública”, Revista del Poder Judicial, No Extraordinario 17 (1999), p. 454-455.

¹³² José Augusto DE VEGA RUIZ, “Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación”, Editorial Universitas, Madrid (1998), p. 68 (cuestionando la propuesta del presidente de la Audiencia de Barcelona, Francisco Javier Béjar).

las necesidades actuales, pues permite resguardar -al mismo tiempo- el derecho de la población a informarse de los asuntos que acontecen en sede judicial, asegurando además la imparcialidad del juez, su concentración en el trabajo jurisdiccional, y la confianza pública en el proceso y sus conductores.

2.1.5.- Especial referencia a los testigos y peritos y su necesidad de protección frente a las amenazas y presiones mediáticas

En un proceso judicial pueden participar y prestar declaración personas ajenas al mismo. Sus intereses serán muy diferentes a los intereses de las partes (acusador y acusado), pues no buscan un resultado ni arriesgan una condena, sino que básicamente comparecen en cumplimiento de una exigencia normativa¹³³.

Dado que las declaraciones que hagan los terceros ajenos al juicio pueden tener una gran incidencia en el curso del proceso y en el resultado final del mismo, es preciso protegerlas de influencias. En materias donde la prueba es decisiva, como la penal, podría bastar cambiar un “sí” por un “no estoy tan seguro” o “no recuerdo bien” para inclinar la balanza en un sentido u otro, o al menos, para generar una duda razonable en el juez¹³⁴.

Esta dramática asimetría de intereses puede llevar a que las partes y sus abogados realicen algunas acciones extremas como parte de su estrategia, involucrando en ello a otros operadores ajenos al juicio, como por ejemplo periodistas y medios de comunicación. Típicamente ellas tendrán la forma de presiones y amenazas.

Siendo lo anterior una posibilidad cierta, el derecho buscará que su existencia no impida a testigos y peritos prestar declaraciones apegadas al “escrupuloso respeto al deber de decir verdad y declarar exactamente lo que han sabido como peritos o presenciado como testigos”¹³⁵. Estas acciones se enmarcan dentro de uno de los objetivos centrales del derecho procesal moderno: la adecuada protección de las víctimas (directas e indirectas) de un delito y de un proceso, minimizar su impacto negativo¹³⁶. Bajo esta comprensión, su ámbito será más amplio, y

¹³³ Art. 118 CE. El testigo está obligado a comparecer, so pena de recibir sanciones y ser llevado por la fuerza (artículos 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 463 y 556 del Código Penal).

¹³⁴ Rara vez se permitirá formar convicción condenatoria sólo en base a una declaración, pero sin duda su efecto no será neutro.

¹³⁵ Víctor MORENO CATENA, “La Protección de los Testigos y Peritos en el Proceso Penal Español”, Revista Penal N° 4 (1998), p. 60. Cabe señalar que este riesgo fue tradicionalmente ignorado en el pasado.

¹³⁶ La Directiva 2012/29/UE establece algunas normas mínimas en este sentido. Su considerando (9) señala que: “El delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas (...). Se ha de proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias (...)”, Exposición de Motivos de la LO 19/1994 Resolución 827/1993, de 25 de mayo.

José Vicente GIMENO SENDRA, “Derecho Procesal Penal”, Ed. Colex (2010), pp 37-39; Susana OROMÍ VALL-LLOVERA, “Los Derechos de la Víctima en las Reformas del Proceso Penal. Del olvido al resurgimiento”, Revista La Ley Penal, N° 98-99 (2012) (al tratar los derechos y garantías procesales de la víctima en Europa). Es interesante consignar que en el I Encuentro Jueces-Periodistas la mayoría de los jueces señaló que deberían imponerse limitaciones a la libertad de información y a la publicidad procesal por razón de la persona o la naturaleza del delito, en cambio la mayoría de los periodistas opina lo contrario (pregunta 19).

abarcará, por ejemplo, la protección de los menores que comparecen en un juicio¹³⁷.

La Directiva 2012/29/UE señala que la protección del testigo en las causas penales es una obligación de los Estados miembros, derogando y estableciendo un estándar protector superior al de la de la Decisión Marco 2001/220/JAI (D-M), que sólo se refería a la necesidad de protección.

En España, esta situación es abordada por la LO 19/1994, que pese a haber establecido una serie de medidas de tutela y protección, resulta insuficiente para los objetivos y necesidades que debiera cumplir¹³⁸. Una de las razones de ello radica en que su objetivo es primordialmente funcional: la eficacia de la investigación y de la persecución penal¹³⁹, cuando debiera considerar a los peritos y testigos como víctimas (directas o indirectas) del delito. Esta situación aleja a la normativa española de los estándares mínimos señalados por la Directiva de la UE sobre esta materia (2012/29/UE de 25 de octubre de 2012)¹⁴⁰.

¹³⁷ La Directiva 2005/20 llama a reconocer la especial vulnerabilidad de los menores ante las actuaciones que exige la justicia, llamando a evitar su victimización. Dicha directiva señala como principios los de dignidad, no discriminación, interés superior del niño, protección en el desarrollo armonioso, y el derecho a la participación. Asimismo, en su capítulo XI se refiere al derecho del niño a ser protegido frente al sufrimiento durante proceso de justicia, y en el capítulo XII, se refiere a las condiciones de seguridad que deben considerarse en el actuar de la justicia. La amplitud del principio de protección de testigos y víctimas, puede verse, entre otros, en Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, de la ONUDD; Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, de la ONUDD, módulo 12, 2009. En un sentido similar, los módulos 8 (adultos), 9 (niños) y 10 (uso de intérpretes). Asimismo, “no debe deportarse a las víctimas y testigos a su país de origen si corren riesgo de sufrir daños o recibir amenazas allí. Los gobiernos deben garantizar el regreso en condiciones de seguridad o, si no es posible, el reasentamiento en un tercer país. Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU Contra la Trata de Personas, Global Rights, art. 24, 2002; Protocolo de la ONU contra la Trata de Personas, arts. 6 y 7, y Ley modelo contra la trata de personas, de la ONUDD, arts. 21-23. La oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito ha elaborado manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guardan relación con la delincuencia organizada. Publicado en New York el año 2008. El análisis que realiza merece ser observado, sobretudo en asuntos como el derecho comparado.

¹³⁸ Para un mayor desarrollo de la misma, ver Olga FUENTES SORIANO, “La ley orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales”, Revista de Derecho Procesal, N° 1 (1996), pp. 135-162.

¹³⁹ Exposición de motivos LO 19/1994.

¹⁴⁰ Juan BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, “Proceso Penal Español y la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012”, Good Practices for protecting victims. El artículo 18 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo se refiere también a la necesidad de protección de las víctimas-testigos, señalando que “sin perjuicio de los derechos de la defensa, los Estados miembros velarán por que se dispongan medidas para proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y para proteger la dignidad de las víctimas durante la toma de declaración y cuando testifique. Cuando sea necesario, esas medidas podrán incluir también procedimientos establecidos en el Derecho nacional para la protección física de las víctimas y sus familiares”. La oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito ha elaborado manual de buenas prácticas para la protección de los testigos en las actuaciones penales que guardan relación con la delincuencia organizada. El análisis que realiza merece ser observado, sobretudo en asuntos como el derecho comparado. Nueva York, 2008.

Con el objeto de solucionar esta brecha, el Borrador de 30 de diciembre de 2012, del nuevo Código Procesal Penal, establece en su artículo 377 una serie de medidas para evitar la victimización secundaria del testigo, las que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 y el Proyecto del nuevo Código Procesal Penal de 26 de febrero de 2013, también se refieren a este tema.

Respecto de la extensión de la protección establecida por esta normativa, conviene recordar que ella tuvo su origen en una propuesta normativa de “protección a denunciantes, testigos y peritos en determinadas causas criminales”. Aunque en la versión final del texto legal dicha referencia haya desaparecido, una interpretación razonable de la misma debiera considerar tanto a los denunciantes como a las víctimas dentro de los sujetos protegidos, dado que en caso contrario se podría dejar desprotegido al primero de los terceros indirectamente relacionados al proceso que puede sufrir amenazas, presiones y represalias¹⁴¹. En este punto, es importante recordar que en un juicio penal, la víctima no es necesariamente parte, por lo que su declaración se realiza, en el marco del proceso, como testigo¹⁴².

Pese a que históricamente los peritos han sido considerados como profesionales imparciales que colaboran, muchas veces en forma estrecha y decisiva, con el trabajo del juez (por lo que le son aplicadas muchas de las mismas causales de inhabilidad para su recusación), su inclusión como personas protegidas al amparo de la LO 19/1994 está plenamente justificada. Existen poderosos incentivos para que sean presionados o amenazados (buscando que morigeren o modifiquen su declaración), y el riesgo de que suceda podría acarrear graves consecuencias al proceso mismo y a la imagen del sistema judicial. El hecho de que el perito amenazado pueda ser reemplazado por otro perito, no soluciona en absoluto esta situación, porque podría repetirse, como fácil y típicamente sucederá cuando se haya orquestado una campaña de prensa o tenga interés en la causa el crimen organizado.

La situación de los co-imputados es un poco más compleja, pues no concurren a declarar en el mero cumplimiento de un deber, sino con un interés directo (lo que a su vez hace menos fiable su declaración). Ello podría permitir el otorgamiento de algunas medidas de protección, en forma ponderada y debidamente justificada en la ley (no podría alcanzar, por ejemplo, el ocultamiento de identidad, pero sí otras medidas).

¹⁴¹ En el mismo sentido, Víctor MORENO CATENA (1998), ob. cit., nota 121, p. 62 (quien resalta la conveniencia de solucionar esta situación en forma más definitiva por medio de una norma especial). En algunas situaciones la jurisprudencia española ha asimilado la condición de los ofendidos a la de los testigos (STS de 29 de noviembre y de 4 de febrero de 1991), (STS de 18 de diciembre de 1991). En la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre “El deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal”, cuando en su Introducción, en el apartado segundo de la página 1, dice textualmente “ El proceso penal no puede ser contemplado exclusivamente desde la perspectiva de la necesaria tutela de los intereses de la sociedad y de las garantías del acusado, sino también y de modo relevante, como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial que la víctima ha sufrido por el hecho delictivo. Reparación que no puede ser fuente de más daños para la víctima, tratando de evitar una victimización secundaria”.

¹⁴² Xulio FERREIRO BAHAMONDE, “*La Víctima en el Proceso Penal*”, Editorial La Ley (2005), p. 318.

La ley 19/1994 también ha sido objeto de críticas desde el punto de vista técnico. Por ejemplo, ya que confiere la condición de testigo interviniente en un proceso penal, por medio del llamamiento judicial, con independencia de su real conocimiento de un hecho, dificultando la adecuada protección¹⁴³. La derogada Decisión Marco 2001/220/JAI de la Comunidad Europea, en cambio, consideraba al testigo como una víctima antes, durante y después del proceso, así como en forma interna y externa del mismo¹⁴⁴.

En particular, la ley ofrece una serie de medidas de protección y tutela, entre las cuales destacan la facilitación de medios para asistir al juicio, el otorgamiento de protección policial, y en aquellos casos en que las circunstancias lo ameriten, asistencia para el cambio de residencia, lugar de trabajo e incluso de identidad.

En la materia de nuestro estudio, quizá la medida de protección más importante es aquella que permite al juez de instrucción ocultar la identidad de un tercero ajeno al litigio, utilizando en su remplazo cualquier símbolo u expresión (numérica, codificada, etcétera). Esta medida puede impetrarse tanto de oficio como a petición de parte, permitiendo incluso disponer que se omitan del expediente todos aquellos datos que permitirían la individualización de los mismos, así como tomar medidas para imposibilitar su identificación visual durante el procedimiento, o que las modificaciones sean hechas llegar a un domicilio alternativo (artículo 2 de la LO 19/94). Asimismo, el artículo 3 de la misma normativa, resalta la necesidad de impedir afectaciones vinculadas con la imagen y la información pública, al señalar que “los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos...se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento (...)”.

Es necesario y fundamental que las medidas de protección no interfieran con los derechos de la contraparte ni interfieran con los derechos del debido proceso. Por ello, las medidas de ocultación de identidad no podrán ser mantenidas durante el juicio oral¹⁴⁵, pues ello implicaría una vulneración a los derechos asociados al debido proceso¹⁴⁶.

Concretamente, las partes tienen derecho a conocer y contradecir todas las declaraciones existentes en un proceso, así como a conocer y contrainterrogar a cualquier testigo¹⁴⁷.

¹⁴³ Víctor MORENO CATENA (1998), ob. cit., nota 121, p. 61.

¹⁴⁴ Vicente MAGRO SERVET, “*Régimen Legal de los Testigos Protegidos en el Proceso Penal*”, Revista La Ley Penal, Nº 75 (2010), p. 23: “las medidas debieran permitir al testigo participar en el juicio sin miedo, para lo cual deben protegerse a ellos y a sus familiares “antes, durante y después del proceso”.

¹⁴⁵ Art. 4.3 LO 19/1994.

¹⁴⁶ Art. 6.3 b de la Carta Europea de Derechos Humanos. Para el caso específico de la protección de las víctimas en el juicio oral, ver Agustín PÉREZ RUIZ, X. FERREIRO BAHAMONDE, “La Protección de la Víctima en la Vista del Juicio Oral”, en Investigación y Prueba en el Proceso Penal, N. González-Cuéllar Serrano (coord.), Constitución y Leyes S.A., Madrid (2006), pp. 283-302.

¹⁴⁷ El TC Español se pronunció sobre la validez de las declaraciones prestadas en dependencias policiales y luego no reproducidas en el juicio oral (STC 23/2014 FJ 4, haciendo referencia a la 53/2013, que en su FJ 4 ya sostenía que la prueba rendida en dependencias policiales no tiene valor alguno, señalando que ello podía envolver una vulneración al proceso con todas las garantías, en especial, la presencia de un tercero cuyo rol por definición normativa consista en

Como todo derecho, este puede ser objeto de un juicio de ponderación, concreto y razonado, de modo tal que cuando las circunstancias lo ameriten, se tomen medidas de resguardo. Una de ellas, por ejemplo, podría ser la de dar valor a las declaraciones de un testigo o perito realizadas en la etapa de instrucción, sin necesidad de citarlos nuevamente en nuevamente al juicio oral, siempre que ello no implique una clara situación de indefensión o merma de los derechos de defensa, o de vulneración del principio contradictorio¹⁴⁸. En estos casos, por ejemplo, podría siempre poder verificarse la fiabilidad del testigo, y exigirse que dicha declaración no sea el único elemento de prueba de una sentencia condenatoria¹⁴⁹.

El adecuado manejo de estas situaciones quedará, inevitablemente, entregado a la discrecionalidad y prudencia judicial. Pero dada la importancia de las garantías asociadas al debido proceso, las situaciones en que este puede ser disminuido o parcialmente afectado tendrán carácter excepcional¹⁵⁰.

3.- Soluciones obtenidas mediante un juicio de ponderación aplicado al caso concreto para resolver algunas de las tensiones existentes entre la libertad de información y los derechos asociados a la Administración de Justicia

Más allá de los criterios descritos precedentemente, cualquier conflicto entre pretensiones jurídicas puede discutirse y resolverse sobre la base de los derechos fundamentales.

De hecho, los criterios arriba señalados no son otra cosa que una depuración de los resultados más comunes obtenidos en diversos juicios de ponderación, lo que permite construir criterios y reglas más o menos permanentes. Es decir, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, las reglas arriba descritas podrían ser corregidas por una argumentación en base a principios.

Las soluciones alcanzadas mediante la ponderación son más difíciles de construir y requieren un trabajo mucho más delicado y cuidadoso del intérprete, permitiendo emitir sentencias mucho más justas y adecuadas, pero aumentando también el margen de error y discrecionalidad. Por ello, frente a problemáticas masivas, la existencia de reglas que canalicen la valoración de los elementos de los casos tipo puede ser de gran utilidad. Generalmente, estas soluciones tendrán su

ser imparcial. Sobre el particular, puede verse un interesante artículo de Lorenzo M. BUJOSA VADELL “*Las Declaraciones en las dependencias policiales y el derecho a un proceso con todas las garantías (Comentario a la STC 53/2013, de 28 de febrero)*”, *Práctica penal: cuaderno jurídico*, págs. 14-22.

¹⁴⁸ CEDH N° 11454/85, *Kostovski v. Países Bajos*, sentencia de 20 de noviembre de 1989; CEDH N° 12433/86, *Lüdi v. Suiza*, sentencia de 15 de junio de 1992; CEDH N° 21363/93, *Van Mechelen v. Países Bajos*, sentencia del 23 de abril de 1997. El TCE se ha manifestado en el mismo sentido en: STC 143/2010, de 2 de diciembre; STC 1/2006, de 16 de enero; STC 148/2005, de 6 de junio; y STC 155/2002, de 22 de julio.

¹⁴⁹ En este punto también debe considerarse el riesgo que una declaración anónima puede generar, en cuanto a declaraciones irresponsables, vengativas, o indebidamente obtenidas y motivadas.

¹⁵⁰ Sobre este punto, ver Olga FUENTES SORIANO, “*La Protección de los Derechos de la Víctima*”, en “*El Tribunal Supremo, Doctrina Legal y el Recurso de Casación: Estudios en Homenaje al Profesor Almagro Nosete*”, José Vicente GIMENO SENDRA (coord.) (2007), pp. 979-994.

origen en un juicio de ponderación y de interpretación de los derechos fundamentales y de la protección que para ellos se busca realizado en sede legislativa.

No es posible determinar a priori los elementos y principios que pueden entrar en conflicto en un juicio de balanceo emitido en un caso concreto, pues todas las variables y circunstancias del caso deben ser consideradas (o al menos las más relevantes, lo que nos lleva a realizar una nueva distinción en un terreno incierto y pantanoso: cuáles ellas serían).

La complejidad de esta materia y su relevancia práctica, tanto para el trabajo legislativo como judicial, nos lleva a preferir tratarlo en una sección aparte.

III.- Derechos y bienes protegidos vinculados a la administración de justicia y que permiten imponer restricciones a la libertad de expresión e información en el marco de un juicio de ponderación o balanceo.

1.- El debido proceso como derecho y bien institucional

El establecimiento de derechos fundamentales constituye uno de los mecanismos más efectivos para la limitación de la arbitrariedad y del abuso del poder por parte de las autoridades públicas. En todos los países europeos y americanos, y en todas las llamadas democracias constitucionales, estos derechos han recibido reconocimiento normativo tanto a nivel interno como internacional. Además, gozan de un efecto irradiante sobre todas las demás normas jurídicas, obligando al juez, al legislador y a todos los órganos del Estado a interpretar la ley y actuar de acuerdo a los valores que ellos establecen y recogen. Ello ha significado un profundo cambio en la forma de entender el Derecho y el rol del Estado, generando, además, una serie de reformas en instituciones, normas y prácticas inmemoriales, muchas veces sin siquiera la necesidad de reformas legales formales. Estas transformaciones han pasado a ser una nota característica de los modelos políticos democráticos de buena parte del mundo, y han permitido ampliar y profundizar significativamente los ámbitos y estándares de protección de los derechos vinculados a la persona humana.

De esta forma, los derechos fundamentales han pasado a constituir principios jurídicos reales, operativos y ampliamente vigentes, aunque en muchos casos sus contornos no hayan sido del todo bien delineados.

En el marco de este modelo, el rol del Poder Judicial es crecientemente relevante, cualquiera que sea la organización que adopte, ya que de ella dependerá en última instancia la protección de los derechos garantizados y reconocidos por la Constitución y las leyes, y muchas veces también la determinación de su contenido. Por ello, la regulación del trabajo jurisdiccional es de máxima importancia, porque en última instancia, siempre corresponderá al Poder Judicial resolver las diferencias de cualquier tipo que surjan entre miembros de la sociedad, asignando y definiendo en forma definitiva y obligatoria, los derechos, prohibiciones y sanciones de cada cual. En otras palabras, la judicatura tiene autoridad para pronunciarse significativamente sobre los derechos y

responsabilidades, pudiendo tomar medidas que impliquen sanciones, restrinjan los derechos más preciados de las personas.

Asimismo, la judicatura tendrá la misión de interpretar y delimitar los conflictos que se produzcan entre distintos principios, bienes o derechos protegidos, mediante un proceso de ponderación o balanceo en que deberán analizarse y sopesarse todas las circunstancias que incidan en el caso analizado, permitiendo que uno de ellos prime sobre el otro. Este trabajo muchas veces será realizado en cada caso concreto, pero es probable que su interpretación tenga efectos permanentes y estables, generando un bien público de naturaleza política e institucional de gran relevancia.

Por todo ello, es fundamental que la actividad de interpretar la ley en forma vinculante y de aplicar sanciones y medidas que afecten los derechos fundamentales esté sujeta a garantías, las que han recibido el nombre de “juicio justo” o “debido proceso”, entre otros.

1.1.- El juicio justo como derecho universal, garantía institucional y principio normativo

Para que el Estado de Derecho sea respetado y mantenido en el tiempo se requiere que la función de administrar justicia sea correctamente realizada y aceptada como tal por quienes deben sujetarse a sus dictados.

La corrección de la actividad jurisdiccional se refiere tanto a las soluciones de fondo dadas a las cuestiones o controversias planteadas como al procedimiento seguido para ello y al órgano juzgador.

Junto con esta necesidad de justicia material y formal, hay otro elemento institucional no siempre igualmente destacado, vinculado a la necesidad de que la comunidad confíe en su sistema de justicia y en la administración del Derecho. Sin ella, la fuerza obligatoria de sus decisiones perderá eficacia y legitimidad, generando un clima de malestar social, frustración y desconfianza que podría llevar incluso al uso de mecanismos de auto tutela contrarios al ordenamiento institucional. En otras palabras, la justicia no sólo tiene que serlo, sino parecerlo¹⁵¹.

El juicio justo, por tanto, tiene un doble propósito: garantizar la corrección del procedimiento y el respeto de los derechos procesales de quienes en ellos intervienen, de modo tal de garantizar un resultado justo, y permitir que se tenga una adecuada percepción de la justicia, permitiendo la confianza de la comunidad en el Derecho y en las instituciones encargadas de administrarlo.

En suma, se requiere de un proceso que sea al mismo tiempo eficaz y con garantías, del que el órgano jurisdiccional es el valedor. Gracias a ello, la justicia podría identificarse como “la conjunción de tres elementos: la ley como criterio y fin de la resolución, el proceso como cauce controlado de ejercer la pretensión de

¹⁵¹ CEDH N° 2689/65, *Delcourt v. Bélgica*, de 17 de enero de 1970, párrafo 31.

castigo desde el respeto a los derechos del acusado y el Juez, como tercero que resuelve imparcialmente en el marco de esos dos elementos”¹⁵².

1.2.- Elementos estructurales y funcionales necesarios para un juicio justo

En el análisis de esta garantía pueden observarse elementos estructurales como funcionales: los primeros se desarrollan mediante el establecimiento de derechos y estructuras orgánicas y procedimentales por parte del Estado; los segundos estarán vinculados con el correcto desarrollo del proceso, y se logra mediante el correcto ejercicio de los derechos de las partes, dentro de los márgenes y canales establecidos por la ley. Por regla general, su tutela y garantía corresponderá a los tribunales competentes para cada caso.

Requiriendo la presencia de ambos tipos de elementos, diremos que el juicio justo es el producto de un debate ordenado, sometido a reglas justas ante un juez imparcial. O dicho de otro modo, “el conjunto de las exigencias que permiten al Juez, como tercero imparcial, dictar una resolución conforme a derecho, en un proceso público que garantiza un debate equilibrado entre partes y la presunción de inocencia del acusado”¹⁵³.

Como todo concepto ideal, puede ser implementado en cada caso concreto de diversas formas, pues como ya hemos dicho el nivel de garantías que es posible establecer dentro de cada sistema jurídico es una cuestión de grados, y dependerá de las posibilidades materiales, de la cultura dominante y de una serie de decisiones y priorizaciones de tipo político.

De esta forma, podrá tener una mayor o menor extensión y profundidad según las necesidades y posibilidades materiales y culturales de cada momento y según el desarrollo que el pensamiento jurídico vaya dando al mismo, fruto de un proceso de decantación y cambio a través del tiempo. Más allá de ciertos consensos básicos y principios generalmente aceptados en relación a este punto, nunca existirá un “único modelo” legítimo de debido proceso¹⁵⁴.

Por ello, no debe causar sorpresa el que ni la Constitución ni las leyes procesales planteen un modelo de juicio justo, puesto que no se trata de un concepto legal, sino de una construcción doctrinaria fundada sobre los principios constitucionales y la abundante jurisprudencia constitucional nacional y comparada existente sobre la materia.

Incluso se ha sostenido que su ausencia de desarrollo legislativo es tan inherente a la esencia del Derecho que no debe sorprender, pues no constituye una opción política por la que el constituyente o el legislador pueda pronunciarse, pues es un

¹⁵² María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 41.

¹⁵³ Ibid., p. 43. El juez Felix FRANKFURTER se refiere al juicio justo en forma amplia e intuitiva, señalando que cualquier procedimiento que “choca a la conciencia de la humanidad” es contrario al debido proceso (*Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 169 (1952), citado en Ibid., p. 59). Por ello, podría decirse que el proceso justo engloba las reglas de un juego limpio (p. 62).

¹⁵⁴ En su implementación, entre unos y otros modelos será posible encontrar diferencias, ventajas y desventajas, de modo similar a como pueden encontrarse diferencias entre dos marcas y modelos de coches diferentes, incluso en aquellos casos en que ambos son “suficientemente buenos” (pidiendo las excusas del caso por una comparación tan trivial como didáctica).

atributo inherente y definitorio de a la función jurisdiccional y del propio sistema jurídico¹⁵⁵.

Por ello, más que darle reconocimiento normativo o no hacerlo, sólo puede respetarse o no respetarse, y estará permanentemente presente en todo el conjunto de derechos constitucionales relacionados con la Administración de Justicia¹⁵⁶.

Dicho todo lo anterior sobre el derecho a un proceso justo, podemos concluir que el derecho a un juez imparcial se refiere a un conjunto de garantías que permiten que el resultado del juicio sea visto como justo, y además lo sea.

Más aún, se podría sostener, con absoluta corrección, que sólo estamos en presencia de un juez cuando éste es imparcial, careciendo de valor, es decir, siendo nulo o anulable, todo lo obrado por un “juez desnaturalizado” o “falso juez” (juez parcial), y sólo en presencia de imparcialidad la actividad judicial será legítima¹⁵⁷. Del mismo modo como las partes son parciales e interesadas en el resultado, el juez debe ser imparcial y desvinculado de los efectos de su fallo.

1.3.- El proceso penal acusatorio como paradigma y máxima expresión del juicio justo

La forma más adecuada en que podemos observar y analizar las garantías constitucionales asociadas a un “juicio justo” es mediante aquel proceso donde éste alcanza su mayor plenitud: el proceso penal acusatorio¹⁵⁸.

La gravedad de los hechos sancionados y de las posibles consecuencias que pueden derivarse de estos procesos, así como la necesidad de satisfacer a las exigencias de justicia y de confirmación del imperio del Derecho, justifican la máxima expresión de las garantías procesales para este tipo de procedimientos. Al final del día, en la jurisdicción penal están en juego los derechos más preciados de la persona¹⁵⁹.

Por ello, el llamado proceso penal inquisitivo ni siquiera podría considerarse un proceso jurisdiccional, dejando al modelo acusatorio como el único modelo legítimo¹⁶⁰.

¹⁵⁵ En otras palabras, no es necesario que su contenido normativo venga previamente definido a nivel constitucional o legal, pudiendo presentarse, por la vía de lo que previamente hemos llamado “normas constitucionales implícitas”, reconociendo con ello su pertenencia tanto a un orden ideal como normativo.

¹⁵⁶ STC 60/1995, FJ 3; y STC 162/1999, FJ 2.

¹⁵⁷ STC 55/2007 FJ 4.

¹⁵⁸ Para un mayor desarrollo, ver Lorenzo M. BUJOSA VADELL, “Principio Acusatorio y Juicio Oral en el Proceso Penal Español”, Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, N° 9 (2004), pp- 55-84.

¹⁵⁹ Víctor MORENO CATENA (1998), ob. cit., nota 121, p. 58

¹⁶⁰ Sólo puede haber juicio cuando hay acusación. Lorenzo M. BUJOSA VADELL, “Pruebas de Referencia y Garantías Procesales”, Diario La Ley, Madrid (2007), p. 54. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, señala que hablar de proceso acusatorio es un pleonismo, pues sólo puede existir un proceso jurisdiccional si es acusatorio. Juan MONTERO AROCA, “Principios del Proceso Penal: una Explicación basada en la Razón”, Tirant lo Blanch (1997), p. 29 y ss.

La importancia de lo anterior ha quedado reflejado en una cita célebre, correspondiente al Juez del Tribunal Supremo norteamericano FRANKFURTER: “Uno de los más justificados orgullos de la civilización occidental es que el Estado asume la carga de establecer la culpabilidad únicamente sobre la base de las pruebas presentadas ante el tribunal y bajo circunstancias que aseguran al acusado todas las salvaguardas de un juicio justo. Estas elementales condiciones para establecer la culpabilidad faltan sin duda cuando el jurado que ha de sentarse en el juicio sobre un conciudadano empieza su labor con la mente inevitablemente envenenada contra él”¹⁶¹.

En otras materias, por ejemplo en Derecho privado, es posible rebajar o debilitar algunos derechos o garantías establecidas en pro de un juicio justo con el objeto de alcanzar otros objetivos, como por ejemplo eficiencia o economía procesal, aunque siempre deberán asegurarse un mínimo de garantías suficientes para garantizar un juicio justo. En todo caso, la tendencia mundial ha sido la de la ampliación del ámbito de protección de estas garantías, extendiendo, en materia de juicio justo, los principios incubados en procesos penales a todas las otras áreas de la jurisdicción¹⁶².

1.4.- Desarrollo y evolución histórica de las garantías del debido proceso

Pese a que las primeras referencias sobre la naturaleza de un juicio justo se remontan a los primeros registros de la organización política (y ya en forma clara en la Carta Magna)¹⁶³, el primer desarrollo moderno del debido proceso jurídico lo encontramos en la quinta enmienda a la constitución americana.

En lo esencial, esta cláusula constitucional señala que “no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso jurídico”, y en virtud de este mandato, toda actuación de cualquier órgano del Estado –no solo del Poder Judicial– debe estar sometida a un procedimiento previamente conocido y esencialmente justo, facultándose a los ciudadanos a recurrir contra el Estado cuando esto no se respete.

La Sexta Enmienda, por su parte, se refiere a la garantía del juicio de culpabilidad

SERRA DOMÍNGUEZ incluso señala que el proceso inquisitivo “no es un proceso jurisdiccional, sino un simple proceso administrativo”. Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, *“El Imputado”*, Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona (1969), p. 757.

¹⁶¹ *Irvin vs. Dowd*, 359 U.S. 394 (1959).

¹⁶² Ésta materia será de capital importancia de lo que sigue de esta investigación, ya que de la respuesta a cuánto, cómo y dónde se pueda flexibilizar o debilitar la normativa propia del debido proceso, puede depender la regulación de la prensa frente a ella. En efecto, si se consideran las sanciones mediáticas como acciones de reducida capacidad de daño, podrá la prensa desenvolverse con amplias libertades, en cambio si estas actuaciones se consideran penas significativas, deberán incorporarse completamente a las regulaciones propias del derecho penal.

¹⁶³ Previamente, la Carta Magna inglesa había dado un paso significativo al reconocimiento de esta garantía, al señalar en su artículo 39 que: “Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por ley del país”.

realizado por un jurado imparcial¹⁶⁴. Luego, su contenido será profundizado por la Enmienda Decimocuarta, generalmente utilizada para controlar federalmente algunas actuaciones de los Estados en materias relevantes.

La incorporación de estos principios jurídicos refleja el espíritu de los padres fundadores, en cuanto a organizar una sociedad basada en ideales liberales e ilustrados, donde el principio de legalidad y la limitación al poder, el respeto a las libertades individuales y la soberanía popular igualitaria eran las bases de la convivencia y la organización política.

Incluso en la actualidad estos textos pueden considerarse como el marco jurídico de referencia más clásico en la formulación doctrinal del juicio justo, pudiéndose decir que “el derecho a un juicio público, por un jurado imparcial, rápido, con igualdad de oportunidades y garantías para la defensa, constituyen la esencia del procedimiento penal acusatorio-contradictorio-norteamericano”¹⁶⁵. Esta doctrina ha influido significativamente en el Derecho europeo¹⁶⁶.

Asimismo, podemos deducir que ambas garantías confluyen en los objetivos de garantizar resultados justos y ofrecer a la comunidad las garantías y estructuras institucionales suficientes para que pueda existir confianza y credibilidad en el ejercicio de las funciones judiciales y sancionatorias por parte del estado. Reiteramos que si bien este segundo objetivo, más institucional que individual, tiende a destacarse menos, puede llegar a tener, bajo ciertas perspectivas, incluso mayor relevancia que la justicia material de un caso concreto.

El carácter esencial de estos derechos para cualquier orden jurídicos hoy parece tan evidente, que se puede considerar que forman parte de aquella serie de principios jurídicos y de sentido común que podrían deducirse incluso sin necesidad de una consagración específica. Por ello, pueden considerarse parte integrantes de cualquier catálogo de derechos fundamentales, aunque no se encuentren explícitamente señalados.

1.5.- Elementos Estructurales de un Juicio Justo y su Relevancia Práctica

La tarea de concretizar y definir la extensión de los elementos estructurales de un juicio justo es fundamental para la organización de la labor jurisdiccional y tiene enormes consecuencias prácticas.

La principal de ellas será que en nuestros sistemas legales, sólo se aceptarán como justos aquellos fallos dictados conforme a un “proceso debido”, incluso antes de

¹⁶⁴ La Sexta Enmienda dice: “En todas las causas penales, el acusado gozará del derecho a un juicio público y expedito, a cargo de un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido cometido, , distrito que habrá sido determinado previamente conforme a la ley; y tendrá derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a confrontarse con los testigos que depongan en su contra; a que se obligue a comparecer a los testigos que lo favorezcan y a contar con asistencia letrada apropiada para su defensa”.

¹⁶⁵ En EE.UU. los elementos esenciales del debido proceso serían la publicidad, la celeridad, la imparcialidad del juzgador y la existencia de reales posibilidades de defensa. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 62. (citando a Joaquín OLTRA PONS, *“La Influencia Norteamericana en la CE de 1869”*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid (1972), p. 111 y ss.).

¹⁶⁶ Ídem.

mirar su corrección material. Por tanto, las normas procesales y organizacionales de la justicia deberán ajustarse a este criterio y cumplirse cabalmente en cada proceso. Por otro lado, el respeto a los derechos procesales establecidos será un factor determinante para la confianza y legitimidad del imperio de la ley y el accionar de la justicia.

Estas razones obligan a propiciar la desaparición de los procedimientos, juicios y tribunales que no estén fundados en estos principios, a velar por su permanente perfeccionamiento, y a reducir todas aquellas circunstancias que los afecten y limiten.

Los elementos estructurales que garantizan un juicio justo o debido proceso han sido objeto de un largo desarrollo, existiendo cierto consenso sobre sus elementos centrales.

El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el derecho a un juicio justo o equitativo (uno de los más invocados en la presentación de casos), señalando que éste incluye el derecho a que las causas sean oídas ante tribunales imparciales, de forma pública y en un plazo razonable. El apartado segundo establece la presunción de inocencia. El apartado tercero regula el derecho a la defensa, estableciendo los derechos del acusado a ser informado de la acusación; a tener tiempo y medios para su defensa; a defenderse a sí mismo o ser defendido por un defensor de su elección o un abogado de oficio; a interrogar a los testigos de la acusación y proponer testigos; y a ser asistido de intérprete si no habla la lengua empleada en el tribunal¹⁶⁷.

El sistema interamericano se refiere ampliamente a las garantías judiciales en el art. 14 Convención Americana¹⁶⁸. En el mismo sentido, el art. 8, párrafo 5,

¹⁶⁷ Asimismo, establece algunas restricciones a la publicidad, que deben ser interpretadas en consistencia con lo señalado por la frase final del artículo 10.2 del mismo convenio, que menciona a la imparcialidad y autoridad del poder judicial como motivaciones legítimas para establecer restricciones a la libertad de expresión.

¹⁶⁸ Dicho artículo señala lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

dispone que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

La Constitución, por su parte, en el artículo 24 señala que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e interés legítimos, y además, derecho a un juicio justo, sometido a las reglas de la legalidad, con derecho a defensa letrada y respeto del principio de presunción de inocencia.

Más allá de las muchas posibilidades existentes para plantear los elementos centrales de un juicio justo, y realizando un esfuerzo de síntesis, señalaremos los siguientes:

- a) El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial¹⁶⁹.
- b) El derecho de acceder en términos igualitarios al proceso, lo que naturalmente incluye el derecho a ser informado de la acusación, así como de los hechos que se imputan y los cargos que se formulan.
- c) El derecho a un juicio contradictorio, con iguales posibilidades de defensa o “igualdad de armas”. Este principio obligará a asegurar el derecho a defensa letrada para ambas partes, el derecho a utilizar todos los medios de prueba válidos, y el derecho a no declarar contra uno mismo.
- d) El derecho a ser juzgado únicamente en base a la prueba aportada al juicio en forma legítima.
- e) El derecho a que el proceso pueda ser observado por otras personas no vinculadas (principio de publicidad). La publicidad que permite a las partes conocer el caso forma más bien parte del derecho a defensa, que exige este conocimiento.
- f) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.
- g) El derecho a tener una sentencia fundamentada racionalmente y de acuerdo a la ley¹⁷⁰.

Otros elementos podrán o no ser incluidos dentro de los elementos centrales de un juicio justo, según el tratamiento de diferentes autores y tradiciones. Entre

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

¹⁶⁹ Aunque la imparcialidad como un elemento esencial del derecho al proceso con todas las garantías y como garantía esencial, podría ser considerado como algo evidente, puede verse corroboración de ello en las STC113/1987 FJ 4; STC 38/2003 FJ 3; STC 299/1994 FJ 3. Auto de pleno 26/2007 del 5 de febrero FJ3. A nivel doctrinario, un suficiente desarrollo de este tema puede verse en Rodrigo RIVERA MORALES, “La Imparcialidad Judicial como Garantía del Debido Proceso”, Revista de Derecho Procesal, N° 1-2 (2011), pp. 17-22.

¹⁷⁰ Para el tema que analizamos en este trabajo, este punto resulta particularmente interesante, pues entre los argumentos esgrimidos para fundamentar la publicidad está la necesidad de controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública y su crítica, lo cual es imposible si las sentencias no son fundadas.

ellos se pueden mencionar el derecho a los recursos, el principio de cosa juzgada (en virtud del cual se garantiza a las partes que la decisión no será discutida, alterada o modificada al margen de los cauces legales) y, finalmente, el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes.

Evidentemente, existen muchas otras formas igualmente valiosas de caracterizar un juicio justo, aunque por razones de espacio no nos detendremos acá en su análisis¹⁷¹.

1.6.- Elementos que no forman parte de la estructura del debido proceso

1.6.1.- Un Tribunal encargado de dictar sentencia

Muchas veces se señala dentro del contenido del debido proceso la existencia de un tribunal único. Pero esta garantía no apunta a la protección ni garantía del proceso mismo, sino a otras razones, de igual o mayor importancia, y que van mucho más allá de la racionalidad procesal y administrativa.

El principal objetivo operativo de la actividad jurisdiccional es la cosa juzgada. Mediante ella, se garantiza que la controversia se considere resuelta en forma definitiva y auténtica, y que la sentencia tenga la capacidad de ser ejecutada, por lo que puede considerársela como la nota esencial de la actividad jurisdiccional.

La garantía de un Tribunal único se relaciona con el monopolio ejercido por el Estado, a través del Poder Judicial, para conocer y fallar un asunto controvertido¹⁷². Ello es especialmente relevante frente al ejercicio del *ius punendi*, que se aplica únicamente por medio del proceso penal, razón por la cual requiere,

¹⁷¹ Para VALLDECABRES ORTIZ, por ejemplo, los elementos centrales de un juicio justo serían:

- 1) Imparcialidad del órgano juzgador
- 2) Igualdad de armas y principio de contradicción (STC 186 1990, FJ 5).
- 3) La presunción de inocencia (STC 109/1986, FJ 1).
- 4) La publicidad procesal.
- 5) Plazo razonable (STC 206/1991, FJ 4).

Asimismo, señala que en el derecho inglés la debida administración de justicia comprende “el derecho al libre acceso a los tribunales de la jurisdicción civil o penal, para la resolución de sus controversias, y el reconocimiento de sus derechos y responsabilidades. En segundo lugar, el derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto, pronunciado por un juez imparcial (conforme a derecho) y sobre la única base de los hechos probados con las debidas garantías ante el tribunal. Finalmente, que las disputas sometidas a un tribunal sean resueltas conforme a derecho, sin que nadie pueda usurpar tal función”. Lord DIPLOCK, en *Attorney General v. Times Newspapers Ltd.* (1974), citado por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 502. (y p. 90-92 por la primera referencia de esta nota).

¹⁷² Sin pretender entrar en un análisis exhaustivo de las razones que han llevado a las sociedades organizadas a canalizar la violencia y la reparación de agravios por vías institucionales, es un hecho de todos conocido que en ellas los particulares afectados por un delito deben abstenerse de cualquier acto de venganza o reparación, dejando exclusivamente en manos del Estado esta tarea. De esta forma, existirá un Poder Público que asumirá como propia cualquier ofensa u agravio realizado a alguno de sus miembros, y que se ocupará de perseguir y sancionar al infractor de la norma, prohibiendo a cualquier otra persona, institución o grupo realizar esta función. Pero para que este poder monopólico tan crítico y significativo no se convierta en abuso y tiranía, se requiere que quien la realice lo haga en conformidad a una ley y respetando los derechos y garantías de todos los involucrados, teniendo especial celo en dar a las partes garantía de su imparcialidad y apego al Derecho.

como condición de legitimidad, un proceso justo y un órgano imparcial establecidos en forma previa y legal¹⁷³.

La garantía de un juez único se vincula también con el principio de igualdad y de unidad del Derecho, que impone la necesidad de evitar sentencias distintas o incluso contradictorias frente a un mismo caso.

Por todo lo anterior, podemos decir que esta garantía es más bien un requisito del estado de derecho, del proceso y del sistema de tribunales, y no un elemento estructural del proceso en cuanto tal.

1.6.2.- El derecho a la presunción de inocencia

El derecho a no ser considerado culpable mientras no haya una sentencia condenatoria que señale lo contrario es antes una norma de justicia y de civilización que una garantía procesal. De hecho, en sus desarrollos modernos se ha sostenido que es exigible a cualquier órgano del Estado, e incluso que debe ser considerado por los particulares (en la limitada medida en que ellos pueden hacer sentir a una persona los efectos de la culpabilidad decretada judicialmente).

Siendo una norma general, basado en la igualdad de todos ante la ley y en el principio de que lo normal se presume (y lo normal es que las personas sean inocentes), no puede considerarse como una norma específicamente establecida en consideración al debido proceso, o a alguno de sus elementos¹⁷⁴.

Pensar en forma contraria nos obligaría a incluir una serie de preceptos generales, como por ejemplo el principio de legalidad, dentro de la estructura del juicio justo. Sin embargo, algunas normas procesales vinculadas a la prueba (la carga de la prueba o el principio de evaluación de la misma *in dubio pro reo*, por ejemplo), están estrechamente vinculadas con la presunción de inocencia.

1.7.- Otros refuerzos estructurales que favorecen significativamente la realización de un juicio justo

Existen una serie de elementos que permiten reforzar estructuralmente el derecho a ser juzgado con imparcialidad (es decir, con exclusivo sometimiento al ordenamiento jurídico) por un tribunal creado por ley y dentro de un marco de garantías procesales, los sistemas políticos han buscado la estructura adecuada para lograrlo, pero que constituyen elementos auxiliares y no constitutivos del mismo, como por ejemplo la existencia previa del juez¹⁷⁵ y del proceso, la

¹⁷³ Nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante un juez, en el que se respeten las garantías establecidas por la ley. Ahora bien, esto debe entenderse como que “nadie puede ser castigado con las penas establecidas por la ley, por la vulneración a los preceptos contenidos en los códigos penales”, ya que existen muchos castigos que no son aplicados por el Estado, cuya entidad puede ser incluso mayor, según la apreciación subjetiva que de ello se haga (por lo que este será un punto discutible). Las sanciones sociales, por ejemplo, se aplican fuera de la jurisdicción estatal y sin respeto por las normas del debido proceso.

¹⁷⁴ OTERO GONZÁLEZ señala que el bien protegido por la imparcialidad es la presunción de inocencia. María del Pilar OTERO GONZÁLEZ, “*Protección Penal del Secreto Sumarial y Juicios Paralelos*”, CERA, Madrid (1999), p. 132.

¹⁷⁵ La garantía de que toda persona será juzgada por un tribunal previamente establecido y

independencia de los órganos judiciales, la predeterminación de su competencia y atribuciones.

Así, por ejemplo, la Constitución Española ha considerado en la propia definición de la función jurisdiccional, dos elementos de este tipo: la configuración del Poder Judicial como independiente¹⁷⁶, y la completa predeterminación, por vía legal, de los jueces y de sus competencias y facultades para cada caso.

La publicidad del proceso, en cuanto permite que las actuaciones judiciales sean observadas, comentadas y criticadas por un público amplio, también ha sido establecida en este sentido, constituyendo un invaluable mecanismo de control social de la conducta de las autoridades judiciales.

En la actualidad, tiende a surgir una confusión entre estas medidas de refuerzo y el concepto mismo de juicio justo. Pero es necesario recordar que estos elementos sólo son mecanismos auxiliares que buscan alcanzar la imparcialidad, generalmente aceptados y valorados positivamente, pero no elementos esenciales de ella (aunque en la práctica, por la utilidad que prestan y por el riesgo que implicaría su desaparición o debilitamiento, sean tratados como elementos centrales del debido proceso).

Con esto queremos decir que desde el punto de vista puramente teórico podría llegar a concebirse un sistema judicial imparcial sin estos elementos. Ahora bien, ello hasta ahora no parece haber sucedido, ni sabemos las condiciones culturales y jurídicas que serían necesarias para lograrlo, máxime si hasta ahora los principios enunciado han resultado suficientemente satisfactorios, permitiendo una operatoria y eficaz y el respeto a los derechos de todos los involucrados en

organizado por ley (especialmente en sus facultades y competencias), tiene por principal función el dar a la ciudadanía y a los eventuales involucrados la confianza en que los encargados de juzgar no serán designados o “elegidos” en forma *ad hoc* para cada caso, ya que ello que podría dar pie a numerosos abusos, presiones y conflictos de intereses. De hecho, ello daría un poder tan grande y temible al “designador de jueces”, cualquiera que este fuese, que lo transformaría en uno de los poderes políticos más relevantes de cualquier sociedad, haciendo que los jueces designados ipso facto fuesen sospechosos de parcialidad, y por lo tanto, indignos de un sistema democrático fundado en la confianza recíproca y el Estado de Derecho. Para una persona con una cultura jurídica básica, profundizar en el contenido y fundamentación de este requisito resultará redundante. Sin embargo, podemos señalar que como garantía, está compuesto por una serie de factores concurrentes y recíprocamente relacionados, donde el aspecto principal será siempre la existencia de un juez constituido y designado por ley y en forma previa e independiente al juzgamiento de los hechos.

En este punto, es fundamental aclarar que no es necesario que sea el juez en particular quien este designado, sino que existan las normas que permitan su designación, subrogación y reemplazo, sin espacios o márgenes para la intervención de terceros. Por la misma razón, el juez encargado de ver el asunto debe tener su competencia y facultades determinadas en forma previa, no siendo posible limitarlas o alterarlas a posteriori (“inderogabilidad e indisponibilidad de competencias”). Finalmente, y aunque resulte redundante, queremos señalar la importancia de la prohibición de ser juzgado por tribunales *ad hoc*. Aunque ello resulte tan obvio que podría incluso no ser tratado (está implícito en lo ya señalado y constituye una de las normas básicas de una organización jurídica moderna) es relevante por el tratamiento que puedan dar otros actores -por ejemplo los medios de comunicación- a acciones constitutivas de delito, a través, por ejemplo, de los juicios paralelos.

¹⁷⁶ María del Carmen CALVO SANCHEZ señala que sin independencia no hay justicia ni Estado de Derecho María del Carmen CALVO SANCHEZ (2009), ob. cit, nota 75, p. 23.

un asunto judicial.

Por ello, creemos que su recomendación e implementación debe extenderse *urbi et orbi*, pudiendo considerarse como exigencias necesarias para garantizar un juicio justo.

1.8.- Análisis de algunos elementos centrales del juicio justo

1.8.1.- La imparcialidad del juzgador y su doble comprensión: interna y externa

La imparcialidad del juzgador, o más bien dicho, el derecho de toda persona a ser juzgado con imparcialidad, constituye el elemento central del juicio justo, lo que lo relaciona con casi todas las garantías constitucionales¹⁷⁷.

Podemos definir esta garantía como la confianza que debe tener la comunidad y los justiciables de que serán juzgados por personas que no tengan predisposición o interés alguno, positivo o negativo, hacia cualquiera de las partes o frente al resultado del juicio, y que puedan predisponerlo en su decisión.

La imparcialidad, por tanto, tiene una vertiente que apunta a garantizar los derechos de los justiciables, y otra que apunta a cubrir una necesidad social de confianza en la correcta aplicación del derecho, y que está establecida en función de las necesidades sociales y de cada persona en particular¹⁷⁸.

Por ello, la imparcialidad va mucho más allá de la falta de prejuicios personales del juez o de su actitud interna frente al caso y las partes o respecto a su interés en el resultado del juicio, siendo importante no confundir el contenido del derecho a un juez imparcial (imparcialidad externa) con la idea que comúnmente se tiene sobre la imparcialidad como atributo personal del juez (imparcialidad interna o subjetiva)¹⁷⁹.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la perspectiva interna o subjetiva de la imparcialidad “trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya

¹⁷⁷ STC 151/2000, FJ 3.

¹⁷⁸ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la imparcialidad del tribunal es “una exigencia del proceso debido, una característica de la función jurisdiccional y un garantía fundamental de la Administración de Justicia para garantizar la supremacía del derecho en sus decisiones, que deben ser tomadas por un tercero ajeno a los intereses en litigio y a sus titulares”. STC 151/2000, FJ 3. Sin embargo, el asunto no deja de ser complejo de analizar doctrinariamente, ya que por ser un principio que no genera por sí mismo derechos subjetivos, su contenido será difícil de explicitar. DIAZ CABIALE, por ejemplo, señala que la imparcialidad judicial es una de las cuestiones más arduas desde el punto de vista teórico que se pueda pensar”. José Antonio DIAZ CABIALE, *“Principios de Aportación de Parte y Acusatorios: la Imparcialidad del Juez”*, Comares, Granada (1996), p. 401. En el mismo sentido, María del Carmen CALVO SANCHEZ (2009), ob. cit, nota 75, p. 24.

¹⁷⁹ STC 162/1999, FJ 4 y FJ 9 (citando la CEDH de Artistas Pintores v. Francia, de 21 de marzo de 2002, párrafo 82), se refiere a la imparcialidad analizada en forma objetiva, pero su desarrollo posterior parece absurdo, como lo señala el voto particular. Desarrollaremos con mayor detención este punto en las páginas que siguen. STC 155/2002 FJ 2 se refiere a la apariencia de imparcialidad.

tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas.

La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto...por ello, desde este punto de vista son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan”¹⁸⁰.

Sobre este tema ha habido algunos debates, aunque en la actualidad existe cierto consenso hacia la protección de la imparcialidad en un sentido objetivo, amplio y predominantemente externo.

Otra forma de indagar en esta cuestión pasa por preguntarse si la imparcialidad es un bien jurídico autónomo (digno de protección per sé) o sólo funcional a la dictación de sentencias justas¹⁸¹.

Si seguimos el criterio de la imparcialidad interna, el objeto buscado será la dictación de sentencias justas, por lo que la falta de imparcialidad sólo será relevante cuando ella tenga por consecuencia resoluciones irracionales y alejadas al derecho, y por tanto, recurribles por esa causa.

Bajo este criterio, la única forma de constatar la falta de imparcialidad del juzgador será a posteriori, es decir, evaluando la corrección de sus actuaciones, porque el conocimiento del “fuero interno” es una tarea imposible¹⁸².

En cambio, si consideramos la imparcialidad judicial como un bien en sí mismo, como una garantía establecida a favor de todas las partes, actuales y potenciales, no deberemos esperar la ocurrencia de un perjuicio para reaccionar en defensa de la justicia y el debido proceso, ni a anular una sentencia o un proceso terminado, sino que nos bastará con alejar al juez sospechoso de imparcialidad, antes de que se produzca cualquier tipo de lesión (aunque sepamos que muchas veces nos veremos obligados a reaccionar en casos en que no iba a producirse perjuicio alguno).

Decir que un juez no es imparcial desde una perspectiva externa no equivale a decir que haya adoptado una actitud impropia de su cargo, ni que tenga prejuicios

¹⁸⁰ STC 162/1999, FJ 5. BUJOSA VADELL destaca la importancia de la apariencia de imparcialidad de cara a los justiciables y a todo el cuerpo social. Lorenzo M. BUJOSA VADELL, (2007), ob. cit. nota 160, p 56. Cabe señalar que esta imparcialidad es subjetiva para la comunidad, es decir, obedece a un sentimiento social o a su probabilidad, generado por concurrir ciertas circunstancias.

¹⁸¹ ROXIN se manifiesta partidario de proteger el proceso como un bien jurídico autónomo. Claus ROXIN (1999), ob. cit., nota 44, p. 76.

¹⁸² STS de 30 de abril de 2000, señala que la imparcialidad podría demostrarse a posteriori, si acaso la sentencia pudo haber sido redactada en términos similares por cualquier otro tribunal. JUANES PECES señala como las primeras conclusiones de su trabajo que es imposible exigir prueba de que las campañas de prensa han influido decisivamente en el Tribunal, por lo que debe emplearse otro tipo de criterios (riesgos, criterios objetivos). En efecto, cuando la prueba de ello sea posible, en realidad estaríamos frente a un caso de prevaricación judicial. Ángel JUANES PECES (2012), ob. cit, nota 24.

graves, ni que ya se haya formado un criterio irreversible sobre el asunto materia del juicio, ni tampoco que su fallo será necesariamente contrario a Derecho. Sólo significa que el bien jurídico protegido (el debido proceso y la imparcialidad que exige) ha sido afectado o lesionado, y como consecuencia de ello, la idoneidad del juez para ejercer el rol jurisdiccional puede cuestionarse, generalmente referido a un caso particular, por haberse incurrido en ciertas circunstancias que impiden que sea considerado como un juez capaz de llevar adelante un juicio que sea justo y que pueda ser visto como justo por un observador externo normal o medio.

En esta situación, al igual que en los casos de implicancias y recusaciones, no es necesario demostrar que el juez es incapaz de fallar con ecuanimidad y conforme a derecho – de hecho, puede ser muy capaz de hacerlo –, sino que para su inhabilitación basta sólo con que exista una sospecha razonable de que hay incentivos que pueden inclinar su decisión en un sentido u otro, alterando los parámetros señalados en la ley¹⁸³. Esta fórmula de remoción resulta, por lo mismo, una salida más digna para el juez a quien se busca remover, y permite reaccionar frente al mero peligro que genera la lesión de un bien jurídico ideal y establecido en beneficio de toda la comunidad (y no sólo de las partes).

En otras palabras, con el primer criterio reaccionaremos sólo cuando tengamos pruebas de la falta de imparcialidad interna.

Con el segundo, en cambio, nos bastará la existencia de temores o riesgos graves y relevantes, suficientemente poderosos y fundados, como para hacernos temer que un juez determinado puede dictar una sentencia injusta. Esta segunda posición nos parece definitivamente más adecuada, sin perjuicio de los derechos y acciones emanadas de aquellas normas que velan por la corrección material de las sentencias, como son por ejemplo los recursos. Así, concluimos que la imparcialidad abarcando primordialmente requisitos externos – apariencias, si se quiere – que permitan suponer a la sociedad que las condiciones ambientales a las cuales el juez está sometido, no van a inclinar su decisión en una forma no querida por el derecho.

El Tribunal Constitucional se ha referido a este concepto como un valor constitucional en forma reiterada, señalando que se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 24 CE¹⁸⁴, por lo que sólo puede ser juez quien tiene una posición de independencia total y radical frente a las partes. O lo que es lo mismo, que el juez sólo puede participar en el proceso y sentenciar conforme a la constitución y a la ley. El juez, por tanto, es orgánica y estructuralmente ajeno al objeto del proceso y equidistante de las partes y de sus intereses. Por ello, toda la organización del sistema judicial y del proceso deberá estructurarse sobre este principio¹⁸⁵.

Para conseguir este objetivo, debe recurrirse a un conjunto de normas que

¹⁸³ Las causales de exclusión son abstractas y no dicen relación al verdadero impacto que determinadas circunstancias provocarán en el juez, sino a su probabilidad y a su percepción como justo.

¹⁸⁴ STC 151/2000, FJ 3; y STC 155/2002.

¹⁸⁵ Toda la arquitectura del proceso está al servicio de la idea de imparcialidad. Además, si se le comprende en forma restrictiva, sus resultados serán insuficientes, por lo que en la construcción de la idea de imparcialidad deben considerarse elementos funcionales, personales e institucionales. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 119.

regulen el procedimiento (orgánicas y de procedimiento), y que permitan garantizar que estaremos frente a un juicio justo. Por tanto, podemos sostener que un juicio justo es la sumatoria de un juez imparcial más una estructura procedimental adecuada, y la falta de cualquiera de ellos, nos llevará a un juicio carente de legitimidad. Ello nos llevará a preferir las estructuras organizacionales que no favorezcan el riesgo de parcialidad y de dependencia del juez a terceros¹⁸⁶

Finalmente, y admitiendo la posibilidad de que una misma norma pueda dar lugar a interpretaciones dispares al mismo sistema legal, diremos que al menos se debe garantizar a lo menos que quien lo realice sea percibido y se comporte en forma imparcial, mediante un procedimiento con reglas del juego claras y limpias.

Por todo lo ya señalado, el juez debe cuidarse de realizar actuaciones de cualquier tipo, tanto al interior del proceso como fuera de éste, que permitan sospechar a las partes y a la comunidad en una toma de posición o una predisposición frente a alguna de las partes. Entre muchas, podemos señalar declaraciones, relaciones sociales, consejos, y en general cualquier conducta que no se enmarque rigurosamente dentro de su marco legal¹⁸⁷.

Asimismo, puede considerarse que algunas actuaciones realizadas por terceros pueden afectar esta imparcialidad, como por ejemplo la difusión de ciertas informaciones u opiniones, o más específicamente, cierto tipo de campañas mediáticas¹⁸⁸.

1.8.2.- Imparcialidad, independencia y neutralidad judicial: aclarando confusiones

El principio de imparcialidad se asocia muchas veces con las de independencia y de ausencia de “prejuicios” o neutralidad en el juzgador¹⁸⁹. Pero estos conceptos no son equivalentes y es necesario distinguirlos y diferenciarlos, más allá de la estrecha y evidente relación entre ellos¹⁹⁰.

¹⁸⁶ En los lugares donde los jueces son electos democráticamente (lo que implica también recolectar dinero y hacer campaña eleccionaria) hay más incentivos para que el juez dirija su actuación hacia el público y los medios. Roy A. SHOTLAND, *“Judicial elections in the US: is corruption an issue?”*, pág 26-27, en Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems. Transparency International. Cambridge University Press (2007).

¹⁸⁷ STC 54/1985, FJ 6; STC 225/1999, FJ 1; y STC 162/ 199, FJ 5.

¹⁸⁸ En el I Encuentro Jueces-Periodista (pregunta 27). Asimismo, la mayoría de los jueces estima que los jueces no deben participar en el debate público (pregunta 29).

¹⁸⁹ STC 136/1999, FJ 9 señala que “imparcialidad equivale a ausencia de prejuicios”.

¹⁹⁰ Karl SCHMIDT señala que “Independencia imparcialidad son dos características que están indisolublemente unidas y están entre las denominadas garantías básicas y fundamentales”. Karl SCHMIDT, *“Teoría de la Constitución”*, Alianza, Madrid (1924) p. 50 y ss.

No es posible exigir a ninguna persona, ni tampoco a un juez, la total ausencia de ideas preconcebidas, posiciones políticas¹⁹¹, sentimientos o derechamente prejuicios frente al objeto de un litigio o frente a sus partes¹⁹². Por ello, la identificación de la imparcialidad con la ausencia de prejuicios resulta a la vez un criterio demasiado vasto y demasiado reducido. A nuestro juicio, la imparcialidad más tiene que ver con la función y condición de un tercero que no es parte que con la ausencia de prejuicios, que es como muchas veces se le entiende en el lenguaje coloquial.

Del mismo modo, no puede exigirse a los jueces que sean impermeables frente a las comunicaciones, expresiones e informaciones que se refieran al caso, a su persona o a sus resoluciones¹⁹³. Incluso más, podría sostenerse que la existencia de esta supuesta capacidad sería antes una causal para no confiar en la capacidad del juez antes que como una virtud, sin perjuicio de que se pueda exigir a los jueces una especial tolerancia y resistencia frente a las presiones y críticas, a la vez que se les protege de ellas mediante una serie de refuerzos estructurales.

Lo que sí resulta relevante y puede exigirse es que esos elementos no resulten gravitantes a la hora de resolver y tramitar un asunto, ni impidan a la comunidad donde dicho juez se desenvuelve mantener la confianza en el sistema judicial. Para ello, cada juez debe ser capaz de realizar un ejercicio de su cargo que pueda

¹⁹¹ En el ATC 195/1983; y ATC 358/1983, citados por la STC 162/199, FJ 8b, se señala que: “En el sistema de valores instaurado por la Constitución de 1978, la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto al que se conoce la más amplia libertad (...) nadie, como preceptúa el artículo 14 C.E., puede ser discriminado en razón de sus opiniones”, y luego: “Hallándose pues sustraída la ideología al control de los poderes públicos, y prohibida toda discriminación en base a la misma, es claro que las opiniones políticas no pueden fundar la apreciación, por parte de un tribunal, del interés directo o indirecto que el artículo 54.9 L.E.Crim conceptúa como causa de recusación”. En un sentido parcialmente opuesto, el caso *Perna v. Italia*. Un interesante desarrollo de este tema puede verse en Jordi NIEVA FENOLL, “*El Sesgo Ideológico como Causa de Recusación*”, Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 2 (2012), pp. 295-308.

¹⁹² “La independencia judicial (sic) no se refiere a la necesidad de que quién imparte justicia no se vea contaminado con opiniones ajenas al proceso, porque entonces los jueces ni siquiera podrían escuchar lo que piensan sus familiares, amigos, vecinos (...) deberían vivir en una burbuja, aislados del mundo y sin saber lo que el mundo piensa. Sus decisiones, en esas circunstancias, seguro que serían menos justas”. Ponencia magistral e incidencia en la opinión pública de los procesos judiciales. Cabe señalar que obviamente se confunde el concepto de independencia con el de imparcialidad, probando lo señalado sobre la masiva existencia de este error. Carmen DEL RIEGO (2012), ob. cit., nota 16, p. 118.

¹⁹³ En el caso *Craig v. Harney*, el Juez JACKSON sostenía que: “No sé si el Tribunal es de la opinión de que el juez debe tener la piel o la cabeza dura, pero nada en mi experiencia ni en mi observación confirma que sea insensible a la publicidad. ¿Quién no prefiere un buen a un mal informante sobre su trabajo? Y si la fama –el buen nombre– es, como dijo Milton “la última debilidad de una mente noble”, es frecuentemente la primera debilidad de una mediocre”. *Craig v. Harney*, 331.U.S. (1947). En un sentido similar, DEL MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE, señalan que las presiones obligan al juez realizar heroicas funciones para mantener la imparcialidad, y como el éxito en esta tarea no es seguro (pues nadie está obligado a comportarse como héroe), además de correrse riesgos en la justicia misma del caso, se generará la sospecha en la ciudadanía acerca de la corrección de su labor jurisdiccional, tanto a nivel general como en ese caso particular. Y ello dista mucho de ser un estado de cosas deseado. Antonio DEL MORAL GARCÍA y Jesús María SANTOS VIJANDE, “*Publicidad y Secreto en el Proceso Penal*”, Comares, Granada (1996), p. 23. En contrario, G. QUINTERO OLIVARES (1999), ob. cit., nota 36, p. 352. Todos citados por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 396.

ser percibido por la comunidad y por las partes del juicio como libre de influencias. La existencia de prejuicios no constituye, pues, por sí misma, un obstáculo para juzgar correctamente, aunque sí ciertas señales externas que despierten sospechas sobre la incapacidad de realizar este cometido.

De este modo, mientras un juez no haya exteriorizado su parcialidad de manera perceptible (directamente o mediante un comportamiento equívoco), o mientras no haya sido a presiones que por sí mismas podrían debilitar su autoridad judicial, la única forma de enfrentarlo será mediante el ataque a sus resoluciones, en las cuales, de una manera no expresa, puede percibirse su lejanía al derecho y su inclinación interior.

En estos casos, sin embargo, la forma de impugnar sus actuaciones parciales se deberá fundamentar en que lo resuelto no está fundado en derecho, en la ausencia de una adecuada ponderación de la prueba (objetiva, racional y justa) o en que no se han respetado los derechos y garantías establecidos para quienes participan en un proceso. Y en ningún caso será necesario señalar que la causa de estos vicios se encuentra en la parcialidad del juzgador.

Mientras no existan antecedentes serios y suficientemente poderosos que hagan dudar de la imparcialidad de un juez, ésta debe presumirse, ya que un cambio de juzgador frente a cualquier sospecha haría inviable cualquier sistema de organización jurídica¹⁹⁴. Por ello, los jueces deben seguir realizando su cometido aunque sean gravemente perturbados, debiendo utilizar las herramientas que la ley le ha entregado para proteger su imparcialidad¹⁹⁵. La imparcialidad, por tanto, es una garantía que se presume hasta que no se demuestre su ausencia o su lesión.

Por otro lado, la independencia es un refuerzo estructural de la imparcialidad, y busca proteger a cada juez de las presiones que puedan recibir y afectarlo, ya sea que estas provengan del exterior o del propio aparato estatal (superiores jerárquicos y otras autoridades). Pero no constituye un objetivo por sí mismo, sino sólo en cuanto pueda contribuir a la imparcialidad¹⁹⁶.

La independencia de los Tribunales se asocia con el principio de sumisión a la ley,

¹⁹⁴ La imparcialidad subjetiva se presume ha de presumirse. La objetiva dependerá del cumplimiento de determinados parámetros orgánicos y funcionales, establecidos para dar seguridad y garantía, es decir, para excluir cualquier duda legítima. María del Carmen CALVO SANCHEZ (2009), ob. cit, nota 75, p. 24 cita 5 y p. 57 cita 61, citando al Tribunal Europeo).

¹⁹⁵ Por ejemplo, el amparo judicial o las facultades de policía de estrado.

¹⁹⁶ La independencia debe entenderse como una exigencia estructural al servicio de la imparcialidad. María del Carmen CALVO SANCHEZ, *“Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional”*, S.A. Atelier Libros (2009), p. 25. Ignacio de OTTO y PARDO, *“Estudios sobre el Poder Judicial”*, Ministerio de Justicia, Madrid (1989), p. 63 y ss.). Quizá debido a la precariedad de las instituciones políticas y a las malas prácticas observadas en esta materia, la independencia judicial ha adquirido un exceso de gravitación doctrinaria, permitiendo el descuido de otros elementos que más relevantes como la imparcialidad, y cuya afectación puede afectar los derechos de los involucrados, la vigencia del ordenamiento jurídico y la legitimidad de la justicia en general. ROSE-ACKERMAN destaca la idea de independencia judicial pero señala que imparcialidad es un concepto más amplio, cuya vigencia tiene también un impacto positivo en los niveles de crecimiento y de libertad política y económica, y que es fundamental para garantizar el efecto disuasivo del derecho. Susan ROSE-ACKERMAN, *“Independencia, interferencia política y corrupción”*, Informe Global de la Corrupción, Ediciones del Puerto (2007), pag. 17 y siguientes. (la versión en inglés del Informe ha sido publicada por Cambridge University Press (2007).

por lo que reclama la no existencia de presiones ni de dependencias estructurales que puedan afectar o condicionar la imparcialidad del juez (jerarquías, calificaciones, permisos, presupuesto, entre tantas). Por ello, su preservación y fortalecimiento es de máxima relevancia¹⁹⁷, señalándose tradicionalmente al poder ejecutivo y a los superiores jerárquicos dentro del sistema judicial como a las mayores amenazas a esta exigencia de independencia¹⁹⁸. Pero cada vez más es posible ver que puede ser afectada por terceros -como la prensa- y mediante situaciones no tradicionales.

1.8.3.- La necesidad de que la sociedad tenga confianza en la Administración de Justicia y la protección de la autoridad de los jueces que ello exige

El debido proceso, y en especial la exigencia de imparcialidad, se relacionan con la necesidad de generar confianza en la capacidad del poder judicial para resolver cualquier controversia conforme a derecho y sin interferencia de otro tipo de intereses o predisposiciones de parte del juzgador¹⁹⁹.

Ello no solo contribuirá a que las partes acepten su veredicto, aunque sea negativo, en mejor forma, sino que es necesario para que las partes canalicen institucionalmente sus diferencias y renuncien a otros medios para defender sus derechos y buscar justicia. Sin esta confianza en la autoridad de los tribunales, se fomentarán figuras tan peligrosas y desestabilizadoras como la autotutela y la justicia mediática (juicios paralelos), entre otros.

Por ello, hemos reiterado que la imparcialidad y las normas que garantizan un juicio justo no sólo están al servicio de la corrección material de la sentencias, sino que son elementos esenciales de cualquier estado de derecho y están a la

¹⁹⁷ El Informe Europeo sobre corrupción, publicado en 3 de febrero del 2014, llamó la atención sobre la estructura del sistema judicial español y de su posible permeabilidad a los intereses partidistas, especialmente preocupante en momentos de incremento de casos de corrupción política. Ello se debería en parte a la interdependencia estructural entre órganos de gobierno, judicatura y poder judicial”. Sobre el particular también llama la atención el Informe barómetro Para el Consejo de Europa (3).

VILLORIA MENDIETA llama la atención sobre los bajos lugares que ocupa España en los indicadores de imparcialidad judicial. Manuel VILLORIA MENDIETA, *“Corrupción judicial e influencia política en España”*, Informe Global de la Corrupción, Ediciones del Puerto (2007), p. 232.

¹⁹⁸ STC 136/1999, FJ 8, frente a un caso de supuestas presiones al Poder Judicial provenientes del Gobierno y realizadas por medios de comunicación. Luego, en sus FJ 14 y 15, legitimó la limitación de la libertad de información cuando ella pretendan influir mediante el miedo en un proceso electoral. En parte, este criterio nos parece homologable, a la presión que pueda hacerse hacia los jueces y demás partícipes en un proceso. Pero también señala que incluso en estos casos se debe tener cuidado de no ejercer un efecto silenciador, por medio, por ejemplo, del uso innecesario de la reacción penal (FJ 20). La CEDH se ha pronunciado en forma similar en el caso *Worm v. Austria*, en el párrafo 54 de la sentencia. El asunto se refería a un artículo de prensa, a pesar de que muchas de las declaraciones publicadas habían sido expresadas por el fiscal de la causa.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI agrega que en la actualidad la justicia debe estar orientada al consumidor, lo que requiere una alta inversión y focalización en el elemento “confianza” y “satisfacción”. Mauro CAPELLETTI, *“The judicial process in comparative perspective”*, Clarendon Press (1989), p 73.

base del sistema democrático y la paz social²⁰⁰.

Del mismo modo, la titularidad del derecho a un juez imparcial no puede considerarse sólo como un derecho de las partes, pues ha sido considerada en beneficio de todas las personas, por lo que un juez que puede ofrecer a la comunidad dudas razonables sobre su imparcialidad no debe conocer un caso. La sociedad toda debe poder confiar que a quien ha encomendado la tarea de juzgar, no va a inclinarse arbitrariamente a favor de una de las partes, ni que tendrá otro criterio de valoración y juzgamiento que la ley (incluyendo el respeto al proceso y sus normas y garantías)²⁰¹.

En este sentido creemos que no caben excepciones. No puede permitirse el ejercicio de la actividad judicial a una persona de la cual existan sospechas o dudas de que podría verse inclinado a adoptar una actitud parcial o predominantemente emocional a la hora de resolver un caso concreto, yendo esto en perjuicio de la ley y de los derechos que el sistema legal ha otorgado a cada ciudadano.

Existen diversas normas e instituciones que buscan proteger la autoridad de los jueces y del poder judicial, y que muchas veces operan como un límite a la libertad de expresión e información (la última parte del artículo 10.2 del Convenio Europeo es un claro ejemplo en el sentido inverso sentido), y otras que lo suponen. El rol que cabe jugar a la sociedad civil en la lucha contra la corrupción judicial y en el control de quienes ejercen la actividad jurisdiccional, supone como punto de partida contar con suficiente información sobre estos asuntos²⁰².

No se puede desconocer la legitimidad y conveniencia de la crítica a todos los poderes públicos en un sistema democrático, que en materia judicial deberá observar una especial seriedad y apego a la realidad. Pero en ningún caso podrá forzarse un sentimiento de confianza en una ciudadanía que no lo tiene, y que evalúa en forma insuficiente a su propio sistema de justicia. La negativa opinión que según diversos indicadores los españoles tienen sobre sus tribunales, puede estar constituyendo un serio problema para la estabilidad misma del sistema judicial e incluso para el Estado de Derecho, estando a la base de muchas de las distorsiones y abusos que tratamos en este trabajo (en especial, la justicia paralela)²⁰³.

²⁰⁰ CEDH N° 31457/96, *Nems Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de enero de 2000, párrafo 56.

²⁰¹ ATC 195/1991, FJ 6.

²⁰² Así lo han demostrado en forma creciente varios países latinoamericanos, lo que ha permitido elevar los estándares existentes y reducir los problemas. También se ha demostrado el creciente y valioso rol que juega la sociedad civil en la lucha contra la corrupción judicial en Centroamérica. Linn HAMMERGREN, *Fighting judicial corruption: a comparative perspective from Latin America*, p. 136, 152-153, en *Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems*. Transparency International. Cambridge University Press (2007).

²⁰³ El estudio o Informe General “Barómetro interno de opinión de la abogacía española 2013” de 2013 señala que el 74% de los abogados define como mala o muy mala la forma en que actualmente funciona la justicia de España. Asimismo, aunque un 77% considera que ello se debe a la forma en que está organizada y no a las personas que la componen, el 92% de los abogados españoles piensa que los gobiernos del signo que sean muestran más interés por

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de expresión puede limitarse para proteger la autoridad de las instituciones públicas, especialmente cuando “injustificadamente o con ligereza se ataca la honorabilidad o se pone en cuestión la honestidad de sus titulares...la competencia profesional de un Juez”²⁰⁴.

En forma consistente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado también que “la acción de los tribunales, que son los garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un estado de derecho, tiene la necesidad de la confianza del público, y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento, sobre todo cuando el deber de reserva impide a los magistrados reaccionar, lo que autoriza ciertas restricciones”²⁰⁵.

Incluso ha considerado que la desobediencia a las órdenes del Tribunal podría afectar la autoridad del poder judicial, pudiendo ser especialmente sancionada desde esta perspectiva, pues ello afecta a un elemento esencial del orden democrático²⁰⁶.

Es interesante consignar que en el “I Encuentro de Jueces-Periodistas” todos los jueces entrevistados estimaron que algunos tipos de ataques comprometen innecesariamente no sólo la reputación individual de los jueces, sino también la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia. Frente a estas situaciones, algunas de las medidas mencionadas para reaccionar son la actuación de los órganos de gobierno de los jueces, las oficinas de prensa, acciones penales y civiles, legislar sobre la figura del desacato o promulgar una ley de libelo con fuerte contenido sancionador²⁰⁷.

1.8.4.- Causales de pérdida de imparcialidad

Los estudios y desarrollos realizados hasta ahora tanto por la jurisprudencia y como por la doctrina, en relación con la elaboración de una teoría de un “juez

controlar la justicia incluirla que de modernizarla y perfeccionarla. Barómetro interno de opinión de la abogacía española 2013 informe General 31 de enero de 2013.

En el estudio CIS barómetro número 2861, de febrero del 2011, señala que un 51.8% por ciento señaló que la situación de la justicia durante los últimos años se mantenía igual, un 13.3 % que estaba mejor y un 24% que había empeorado (pregunta 13). Un 77% señaló que el primer problema de la justicia era su lentitud, en cambio respecto a la cantidad de recursos con que cuenta los tribunales (nº14), un 25% señaló que eran suficientes, mientras un 61.6 % manifestó lo contrario. De acuerdo al último informe de la Fundación Wolters Kluwer, estas cifras estarían mostrando una leve mejoría durante los últimos años.

²⁰⁴ STC 46/1988, FJ 7.

²⁰⁵ STC 46/1998, FJ 5; y STC 162/1999, FJ 9: “Dijimos en la reciente STC 46/1998 (fundamento jurídico 5), y ahora hemos de repetirlo, que «la acción de los Tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho, tiene necesidad de la confianza del público y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento». Por eso hemos declarado conformes a la Constitución ciertos límites, incluso penales, dirigidos a salvaguardar la autoridad e imparcialidad de los Tribunales; SSTC 107/1988 y 143/1991”. Ver además ATC 100/2001 de 26 de Abril, FJ 2; CEDH N° 19983/92, *De Haes and Gijssels v. Bélgica*, de 24 de Febrero 1997; y CEDH N° 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994.

²⁰⁶ CEDH N° 67/1997/851/1058, *Steel and others v. Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998, párrafos 97, 107, y 109.

²⁰⁷ Encuesta realizada en el I Encuentro Jueces Periodistas, Revista del Poder Judicial, N° especial XVII (1999), pregunta 27.

imparcial”, han sido pobres, fragmentarios y contruidos principalmente al alero de las causales de abstención y recusación, lo que ha llevado más a conformar criterios de aquello que conlleva a la pérdida de imparcialidad antes de lo que por su propia naturaleza lo constituye²⁰⁸.

Para efectos de este estudio, debemos destacar que pueden existir situaciones que dañarán significativamente esta condición, aún sin estar dentro de las causales señaladas (agresiones mediáticas, entre otras).

A ello debe sumarse que en nuestra tradición jurídica, el juicio acusatorio como modelo de enjuiciamiento criminal es relativamente nuevo, y su desarrollo doctrinario es aún incipiente y en cierta forma precario. El cambio de paradigmas que la adopción de este modelo ha significado un cambio importante en la comprensión del núcleo del concepto de imparcialidad, y como todo cambio cultural, requerirá años para asentarse completamente.

Tal como lo hemos anunciado pocas líneas atrás, las causales de exclusión de un juez por pérdida de imparcialidad, deberán ser primordialmente analizadas en forma abstracta y no de acuerdo al daño que puedan manifestar en el caso concreto, pues ello permite intervenir en forma previa a la producción de los efectos negativos y sin necesidad de emitir un juicio de valor sobre el juez, que no sólo sería difícil si obligara a un examen subjetivo del mismo, sino que podría afectarlo en su prestigio y autoridad, cuando ordinariamente seguirá desempeñando esta función.

O dicho de otro modo, lo que debe existir es una presunción de imparcialidad que no puede ser puesta en duda en forma razonable, por lo que sería más correcto decir causales por falta de garantías suficientes de imparcialidad, o por sospecha de riesgo de probable parcialidad²⁰⁹. De esta manera, basta que la situación que permite pensar en un daño de la imparcialidad exista para solicitar que el juez afectado deje de conocer un asunto, no siendo necesario indagar sobre los posibles efectos que la situación ha tenido en su persona, ni menos

²⁰⁸ Sobre el tema de abstención y recusación, destaca la obra de María del Carmen CALVO SANCHEZ, de quien pueden consultarse los siguientes trabajos: María del Carmen CALVO SANCHEZ, “*La Recusación de Jueces y Magistrados*”, Parte I, Revista Universitaria de Derecho Procesal, Número 1 (1988), p. 73 y ss.; María del Carmen CALVO SANCHEZ, “*La Recusación de Jueces y Magistrados*”, Parte II, Revista Universitaria de Derecho Procesal, Número 2 (1989), p. 69 y ss.; María del Carmen CALVO SANCHEZ, “*El Derecho al Juez Imparcial en la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Necesidad de Encomendar la Instrucción y el Procesamiento a Órganos Diferentes*”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 4 (1989), pp. 995-1006; María del Carmen CALVO SANCHEZ, “*Análisis y Sugerencias en torno a la Regulación de la Recusación en el Borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de Abril de 1997*”, Revista General del Derecho, N° 42 (1998), pp. 1779 y ss.; María del Carmen CALVO SANCHEZ, “*Imparcialidad: Abstención y Recusación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero*”, Respos a Iurispetitorum Digesta, Vol. II, Salamanca (2001); María del Carmen CALVO SANCHEZ, “*La Asbtención y Recusación en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”, La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, N° 2 (2005), pp. 1527-1547. Por su claridad y precisión, se recomienda también el trabajo Agustín PÉREZ RUIZ. “*Recusación y abstención de Jueces y Magistrados*”. Derecho y Jueces, núm. 40 (2007), págs. 3-4.

²⁰⁹ LATORRE LATORRE dice que lo que se busca evitar no es que el Tribunal tenga prejuicios, sino que pueda haberlos tenido. Virgilio LATORRE LATORRE (2002), ob. cit., nota 28, p. 134-136.

probarlos, de acuerdo al impacto que la situación implicaría en un hombre medio respecto de su imparcialidad (la ley no puede suponer ni proteger sensibilidades excesivas, situadas en un extremo u otro).

Así también lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Worm*, donde ha quedado sentada la doctrina de que no es necesario probar la pérdida de imparcialidad, pues “por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar²¹⁰.

Esta postura ha sido seguida por el Tribunal Constitucional, quien ha hecho expresa referencia a ella señalando que “cuando efectivamente se dan esas circunstancias, (en este caso se refería a declaraciones sobre procesos pendientes realizados por otros poderes públicos del Estado) se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada en que tal influencia ha tenido lugar²¹¹.

Por ello, cuando se anula un procedimiento por falta de imparcialidad del juez no se discute ni se busca entre las actuaciones y resoluciones aquella que no tenga vicios formales: basta para lesionar esta garantía la pérdida de confianza en el desarrollo de un juicio justo.

Las causales que permiten separar a un juez de un caso concreto, llamadas de abstención, constituyen las principales (más no las únicas) herramientas para proteger la imparcialidad, y por lo general actúan según una idea de imparcialidad externa, permitiendo a las partes interesadas reaccionar frente al peligro (abstracto o concreto) de pérdida de imparcialidad. Naturalmente, ello no obsta a recurrir, aún con mayor fuerza, cuando las actuaciones del juez dejen ver en forma clara y concreta su falta la vulneración de esta garantía.

En todos estos casos, bastará con probar que hay hechos externos que hacen creer, en forma fundada y razonable, que ha aumentado el riesgo de que el juez falle en forma injusta para apartarlo de esa causa, no siendo necesario probar lo que es imposible: que el juez se disponía a actuar en un sentido u otro²¹². De esta forma se protege también el prestigio del Poder Judicial, y la confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho y en los procesos judiciales.

Por otro lado, debemos decir que siendo la imparcialidad una característica esencial de la investidura judicial, ésta debe presumirse, y las razones para solicitar esta medida deben ser serias y bien fundadas²¹³, por lo que ordinariamente su prueba será difícil (no bastará el hecho de haber leído en la prensa, por ejemplo, anticipaciones de resultado). Ello ha llevado a algunos autores a sostener que en la práctica, la imparcialidad sólo podrá ser demostrada mediante su influencia en la sentencia²¹⁴.

²¹⁰ CEDH N° 22714/93, *Worm v. Austria*, de 29 de Agosto de 1997, párrafo 54.

²¹¹ STC 162/1999 FJ 5, refiriéndose al caso *Worm v. Austria*, párrafo 54 (citado por STC 136/1999 FJ 8).

²¹² STC 136/1999, FJ 8.

²¹³ STC 145/1998, FJ 2; STC 60/1995, FJ 2 y FJ 3; STC 142/1997, FJ 3; y STC 136/1999, FJ 9.

²¹⁴ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 25, p. 274, citando las opiniones consistentes de Javier HERNÁNDEZ GARCÍA (2001), ob. cit., nota 4, pp. 82-83; María Isabel

Finalmente, diremos que dada la importancia de la existencia de confianza social en la Administración de Justicia, podría analizarse con detención la posibilidad de extender a terceros la titularidad del derecho y de la acción de remoción por pérdida de la imparcialidad, aunque por regla general ella será adecuada y suficientemente ejercida por las partes.

Sabemos que ello es difícil de realizar en la práctica, ya que su implementación estaría llena de complejidades y resultaría muy costoso y desorganizador desde un punto de vista del trabajo de los tribunales. Pero la sola discusión conceptual de este asunto, y quizá una paulatina apertura, nos parecerían una contribución y un avance.

2.- El principio de publicidad de las actuaciones judiciales

2.1.- La publicidad judicial: garantía individual y función institucional²¹⁵

El derecho a ser juzgado en un juicio público ha sido universalmente reconocido y considerado como uno de los pilares de la democracia y del estado de derecho, y en tal calidad ha sido incorporado, de una manera u otra, en todos los catálogos de derechos fundamentales²¹⁶.

Esta exigencia y característica de los procesos judiciales busca garantizar a todas las personas que, en caso de verse envueltos en ellos, las actuaciones y resoluciones podrán ser vistas, conocidas y observadas masivamente, así como expuestos a la crítica y sujetos a los múltiples mecanismos de control social. De esta forma, la prensa no solo informa sobre los juicios y sobre el funcionamiento del Poder Judicial, sino que ayuda a su vigilancia y control, operando como un incentivo de buenas prácticas y un canal para el planteamiento crítico y la propuesta de mejoras.

Estas salvaguardas favorecerán el estricto cumplimiento de la ley por parte de las autoridades judiciales y la adecuada toma de decisiones en asuntos que pueden tener significativos efectos en los derechos de todos quienes intervienen en un proceso judicial, muchas de las cuales estarán en una situación de particular vulnerabilidad por ese solo hecho, y que por lo mismo justifica una especial

VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 280; y Virgilio LATORRE LATORRE (2002), ob. cit., nota 28, p. 138 y 139. Ver también el principio 11 de la Recomendación 13(2003), Principio 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que señala que será excepcional y poco común (exposición de motivos).

²¹⁵ En la elaboración de este capítulo se ha tenido a la vista el desarrollo y algunas de las referencias sugeridas en *Ibid.*, p. 213 y ss.

²¹⁶ Se le ha reconocido como uno de los elementos que constituyen la garantía del debido proceso o bien como un derecho autónomo. También ha sido consagrado como un derecho de rango legal. Ver a modo de ejemplo los artículos 6.1. de la CEDH, en el artículo 14.1 PIDCP de 1966 y en el art 10 de la DDH de 1948, la enmienda sexta de la CA y el artículo 8 de la Convención Americana. En España está protegido y reconocido como derecho fundamental, en el art. 24.2 de la CE (1978), y luego como garantía procesal en el art. 120.1 del mismo texto. A nivel legal, el artículo 232.1 de la LOPJ reproduce el art 120.1 CE. El artículo 1 del Reglamento 1/2005, sobre las cuestiones accesorias a los procedimientos, hace referencia al artículo 232 LOPJ recién mencionado.

protección²¹⁷. Este efectivo mecanismo de control contribuirá también a legitimar el trabajo judicial y a fortalecer la confianza de la ciudadanía en los tribunales y en el sistema legal.

Por todo lo señalado puede decirse que la publicidad de los juicios está establecida a favor del Estado de Derecho y de todas las personas que participan del proceso o pueden verse afectados por su desarrollo, incluyendo a los magistrados y demás funcionarios del órgano judicial. Es decir, siendo una garantía personal, y habiendo nacida como tal, hoy cumple también un objetivo institucional y de interés general²¹⁸, relacionado con la confianza en el Estado de Derecho y en los órganos jurisdiccionales.

Más aún, podría decirse que esta garantía busca realmente asegurar el respeto de la ley y la confianza en el Estado de Derecho, y dando una determinada estructura al proceso, logra como consecuencia la protección de los derechos de las partes. Ella sería, por tanto, una consecuencia natural de una medida establecida en protección de un interés general.

Prueba de ello es que por muchas razones, quienes participan en un juicio podrían preferir que este fuese realizado sin publicidad, o con una publicidad limitada, pues esta puede tener un efecto negativo sobre su honra u otros intereses personales. Pero ese deseo de publicidad limitada de las partes deberá ser rechazado en la inmensa mayoría de los casos, pues la publicidad tiene un impacto protector mayor que sus potenciales riesgos, y no sólo busca proteger los intereses de las partes de un juicio.

Del mismo modo, cuando razones de interés público justifiquen restringir la publicidad en un juicio, el consentimiento a la publicidad de una de las partes no será considerado como una razón para permitirla. En parte, ello podría traer efectos negativos al juicio mismo, mediante su mediatización o la realización de juicios paralelos y presiones públicas. Pero también podría sostenerse que dadas las circunstancias en que se encuentra, la parte no está en condiciones de prever todas las potenciales consecuencias negativas de su consentimiento.

²¹⁷ Juan Alberto LECAROS URZÚA, (2014), op. cit. 287, p 174. En el mismo sentido, Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 25, p. 213, haciendo referencia especialmente a las limitaciones de que puede ser objeto la publicidad y la libertad de información en estas situaciones.

²¹⁸ STC 96/1987, FJ 2. En el CEDH N° 8209/78, *Sutter v. Suiza*, de 22 de febrero de 1984, párrafo 26, señala que "el carácter público de los procedimientos ante órganos judiciales (...) protege a los litigantes de una administración de justicia en secreto, sin escrutinio público; también es uno de los medios por los que se puede mantener la confianza en los tribunales superiores e inferiores. Al hacer visible la administración de justicia, la publicidad contribuye a lograr (...) un juicio justo". Ver también caso CEDH N° 332/57, *Lawless v. Irlanda*, del 14 de noviembre de 1960, párrafo 13; CEDH N° 4451/70, *Golder v. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, párrafo 18; CEDH N° 7984/77, *Pretto and others v. Italia*, de 8 de diciembre de 1983, párrafo 11; y CEDH N° 8273/78, *Axen v. Alemania*, de 8 de diciembre de 1983, párrafo 12.

BRAVO apunta que: "Ciertamente es que hay un alto interés por conocer lo que sucede en el interior de los tribunales que se traduce en una creciente demanda de información. Por esta razón, si en su origen la publicidad procesal era concebida como instrumento de garantía a favor del inculpado, en la actualidad aumenta la importancia que se concede a la vertiente institucional del principio de publicidad y a su vinculación con el derecho a difundir información sobre la actuación de la justicia Ponencia Magistral del derecho a la información y populismo mediático". Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2, p. 47.

En su desarrollo histórico, el derecho a ser juzgado en público fue también una reacción contra los procesos secretos de tipo inquisitorial, nacidos de la tradición del Derecho Canónico²¹⁹. En ellos, el incumplimiento de la ley era asociado a la idea de pecado, y el objetivo buscado era una verdad más de tipo material que procesal, donde la única actuación pública era la ejecución de la sentencia. Por ello, el desarrollo de la publicidad estuvo asociado también a exigencias de cambios políticos a nivel general, de tipo iluminista, que trascienden el ámbito estrictamente procesal²²⁰.

La publicidad judicial se puede vincular a los objetivos de prevención general, una de las finalidades atribuidas a las penas²²¹. Ello nos parece equivocado, pues no se relaciona directamente con el proceso sino con el conocimiento de la sentencia. Incluso más, una publicidad excesiva del proceso podría generar situaciones de punición anticipada, en circunstancias que antes de la sentencia el principio de presunción de inocencia tiene máxima expresión. Por tanto, la prevención general se podría vincular a la publicidad de la sentencia y de la ejecución de la pena, pero no a la publicidad procesal.

Por otro lado, si la pena establecida es leve, la publicidad de la sentencia y no tendrá un efecto disuasivo, dependiendo más de este factor que de la publicidad dada a la misma. Naturalmente el conocimiento del proceso puede favorecer, pero tampoco es descartable que pueda perjudicar, dirigiendo la atención del público hacia aspectos procesales más teatrales e interesantes, pero menos relacionados con la llamada “prevención general”.

Si bien la difusión masiva, intensa, activa y permanente de sentencias y juicios puede contribuir a disuadir la comisión de delitos, ello puede lograrse mejor por otros medios y mediante medidas más específicas y focalizadas, sobre todo

²¹⁹ En los procesos inquisitoriales el único acto público era la ejecución de la sentencia. La estructura inquisitiva tiene su primer desarrollo en el Derecho Canónico, desde donde es adoptada por los Estados, entonces fuertemente unidas a las estructuras de gobierno. En esta tradición, el proceso era predominantemente escrito y secreto, y sólo la ejecución de la condena era pública. Para un mayor desarrollo, ver Rosa RODRIGUEZ BAHAMONDE, *“La Libertad de Información y el Secreto de Instrucción”*, Comares, Granada (2000), p. 206-207.

Por ello, algunos autores sostienen que la defensa de la publicidad del proceso constituyó la más importante aportación del pensamiento ilustrado en la constitución del derecho procesal moderno. El marqués de BECCARIA llamaba al secreto “el escudo más fuerte de la tiranía”.

Cabe señalar que pese a lo oscuros y cuestionables que estos procesos hoy puedan parecernos, constituyeron un avance frente al ejercicio de la actividad punitiva del estado no sujeta a regulación. Dadas las circunstancias culturales y sociopolíticas de entonces, es probable que no haya sido posible avanzar más en una línea garantista.

²²⁰ Según DEL RIEGO: “El principio de publicidad surge en el Siglo XIX, un siglo después de que nacieran los periódicos tal y como hoy los concebimos, y a lo mejor esto no es casual. En España, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales surge de la mano del liberalismo e inmediatamente fue constitucionalizado, con una doble finalidad: proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo así una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”. Carmen del RIEGO (2012), ob. cit., nota 18, p. 119.

²²¹ Incluso la Instrucción 3/2005 del Ministerio Fiscal se refiere a ello (página 6), pese a lo cuestionable que resulta desde un juicio valorativo realizado desde el “imperativo categórico” kantiano.

considerando dado los riesgos que tiene el uso abusivo del principio de publicidad en la actualidad²²².

2.2.- La Publicidad frente a las partes y frente a terceros

2.2.1.- La publicidad ante las partes como parte de la estructura de todo juicio justo²²³

El mayor grado de protección de la publicidad alcanza, naturalmente, a las partes de un juicio, pues su defensa requiere que conozcan, oportuna y cabalmente, las acusaciones y pruebas que se esgrimen en su contra. Ello ha llevado incluso a sostener, a nuestro juicio en forma correcta, que este ejercicio no corresponde propiamente a una exigencia de publicidad del proceso, sino más bien a un requisito mucho más elemental y constitutivo de todo juicio: el derecho de defensa²²⁴.

Un elemento que parece confirmar esta postura es la imposibilidad de ponderar o limitar este elemento, que a nuestro juicio, no tiene ni puede tener matiz alguno.

2.2.2.- La publicidad procesal propiamente tal o publicidad frente a terceros

De acuerdo a lo recientemente dicho, la publicidad como elemento del proceso es aquella que se refiere a los terceros ajenos al caso judicial²²⁵.

El Tribunal Constitucional ha señalado de forma reiterada que el principio de publicidad de los juicios implica “que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general”²²⁶.

²²² Ana AZURMENDI realiza un interesante desarrollo en “*Derecho a la Información y Administración de Justicia*”, Revista Española de Derecho Constitucional, No 75 (2005).

²²³ STC 96/1987, FJ 2.

²²⁴ MÉNDEZ DE LUGO y LÓPEZ DE AYALA “*Los Tribunales de Justicia y sus Obligaciones informativas*”, Revista del Poder Judicial, No 17 (1999) p. 175-176; Instrucción 3/2005, 7 de abril de 2005, “sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación”.

²²⁵ José Vicente GIMENO SENDRA (1998), ob. cit., nota 39, p. 295.

²²⁶ La STC 30/1982, referido al Consejo de Guerra que investigaba el fallido Golpe de Estado de Tejero, señala, respecto a la expulsión de la sala de audiencias a un periodista del “diario 16”, que “el principio de publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución, implica que estos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información y transmitirla (...). Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta respecto a acontecimientos que por su entidad puede afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social, como ocurre indiscutiblemente con el desarrollo de la vista de la causa que nos ocupa” (...) “los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, no gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado (...)”. En el mismo sentido, la STC 56/ 2004, FJ 3.

Esta concepción de la publicidad se vincula fuertemente con la libertad de información, con la que tiene una profunda unidad de propósitos y una serie de semejanzas, lo que ha permitido sostener que la publicidad de los asuntos judiciales tiene una doble protección constitucional, o lo que es lo mismo, una protección especialmente reforzada²²⁷.

Sin embargo, por más que pueda correctamente afirmarse que el principio de publicidad y el de información cumplen objetivos similares, y que el desarrollo del primero pudiera incluso ser suficiente para contener al segundo²²⁸, hay muchas razones para mantener el desarrollo doctrinal y la consagración de ambas en forma separada.

La primera de ellas tiene que ver con el desarrollo parcialmente divergente que la doctrina ha hecho del mismo, sin duda vinculado a su diferente origen histórico²²⁹.

La segunda es que dada la importancia de su presencia en todo proceso, es conveniente, más allá de sus matices en cuanto a límites y contenidos, despejar toda duda sobre su plena vigencia, así como de su resistencia al establecimiento de limitaciones.

Una protección por vía indirecta, como sería la que podría ofrecerle el derecho a la libertad de información, podría terminar dando una equivocada idea de una protección secundaria o debilitada, sobre todo si ello implica una omisión de la mención a la publicidad procesal como derecho autónomo en los textos constitucionales, pues naturalmente ello podría abrir espacios para la interpretación.

Sin perjuicio de ello, como ya hemos señalado, ambas deben considerarse en conjunto a la hora de interpretar y resolver situaciones concretas²³⁰.

Finalmente, podemos decir que la publicidad procesal obedece a algunos objetivos que sería difícil realizar por medio del ejercicio de la libertad de información, dada su especificidad procesal y el servicio que debe prestar al adecuado desarrollo del proceso.

Además, la consagración de la publicidad del proceso como derecho fundamental “da vía al recurso de amparo al menos a las partes del proceso (art. 53.2 de la Constitución Española) y lleva a que sólo pueda ser regulado por Ley Orgánica, respetando su contenido esencial y bajo un criterio de proporcionalidad

²²⁷ Carmen DEL RIEGO (2012), ob. cit., nota 18, p. 119. Este planteamiento es consistente con lo propuesto por el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 atribuye más importancia a la presencia de medios de comunicación que de personas en las salas de audiencia de juicio.

²²⁸ COUTURE llamaba la atención sobre la conexión entre el modelo democrático y la posibilidad de controlar y fiscalizar colectivamente a los jueces que existía. Eduardo Juan COUTURE, *“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”*, Ed. de Palma, Buenos Aires (1962), p. 192. En el mismo sentido, Juan LÓPEZ ORTEGA (2006), ob. cit., nota 9, p. 98.

²²⁹ En España ambas aparecen consagradas por primera vez en la Constitución de Cádiz de 1812.

²³⁰ Si sumamos el origen ilustrado del derecho y su alto contenido ideológico, a su habitual doble o triple reconocimiento (constitucional, legal, tratados internacionales vinculantes o una combinación de ellas) es natural ver un grueso y significativo desarrollo doctrinal del mismo, mucho más abundante que en otras áreas del derecho.

“entendido en su triple faceta de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto”²³¹.

Como hemos señalado, la protección de la estructura del proceso (juicio justo), de la imparcialidad y autoridad de los tribunales, son bienes jurídicos que permitirán limitar y modular la libertad de información, generando una permanente tensión entre proceso y comunicación.

2.3.- Publicidad procesal y medios de comunicación

Dado que el conocimiento de lo obrado en cada juicio no puede ser alcanzado por cada persona en forma individual, requiere intermediarios que realicen esta difusión, especialmente cuando interesan a una gran cantidad de personas²³².

²³¹ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 25, p. 51.

²³² La STC 56/2004, FJ 3 señala: “Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relación existente entre el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz [art. 20.1 d) CE] y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE) con ocasión de un caso en el que se denegó la acreditación para acceder a las sesiones del juicio oral de un proceso de muy notable proyección pública a reporteros de la prensa escrita. Se dijo entonces que “el principio de la publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (art. 120.1) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social” (STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4). A lo que se añadía que “no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado” (Ibid.). El contenido del derecho a comunicar libremente información veraz comprende el proceso entero desde la obtención y elaboración de la noticia hasta su difusión, de forma tal que protege de forma específica a quienes “hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión” y les permite reaccionar frente a “cualquier perturbación de la libre comunicación social” (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4), que se ve directamente lesionada “en todos aquellos casos en que tal comportamiento - los actos de comunicación y de difusión - se ve impedido por vía de hecho o por una orden o consignación que suponga un impedimento para que la información sea realizada” (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11). Por eso, si la noticia se obtiene en una fuente de información de acceso general, como son las audiencias públicas judiciales (con el límite objetivo que deriva de la cabida del recinto en que éstas tengan lugar), forma parte del contenido del derecho a la libertad de información que no se impida el acceso a la mencionada fuente. Cuestión distinta es la de qué actuaciones judiciales son públicas en este sentido y qué límites pueden imponerse a dicha publicidad (...).”

Por su parte, la STC 57/2004 señala en su FJ 5 que: “Cuando el artículo 120 CE declara que las actuaciones judiciales serán públicas se refiere a una “publicidad judicial inmediata”. Entiendo como publicidad judicial inmediata la obligación del órgano judicial de proporcionar acceso a todas las personas sin discriminación o diferenciación alguna por razones políticas, religiosas, de nacionalidad, vinculación con las partes o cualesquiera otras, a las audiencias públicas judiciales. Entre esas personas se comprenden, indudablemente, los profesionales de los medios de comunicación social (...). Es obvio que de esa obligación objetiva de los Tribunales nacen los correspondientes derechos públicos subjetivos, con las excepciones que expresan las leyes de

Por ello, la labor de los medios de comunicación y otro tipo de masificadores (académicos, etc.) resulta fundamental para dar efectividad al principio de publicidad. Quizá por ello, ROXIN también estima que hoy en día, este principio sólo se puede materializar con la ayuda de los medios de comunicación, ya que la presencia de un grupo de personas es, en general, irrelevante para efectos de control del proceso²³³.

Sin embargo, esta necesidad genera una serie de situaciones de riesgo, facilitando, por ejemplo, el desarrollo de los llamados “juicios paralelos” y en general de una creciente prensa sensacionalista vinculada al mundo judicial²³⁴.

Estas modalidades comunicativas, más que constituir una garantía para el justiciable o para quienes intervienen en un proceso judicial, puede convertirse en un riesgo a sus derechos, así como en un instrumento de penalización social anticipada y establecida y fuera de los márgenes del derecho²³⁵.

procedimiento (...). En una sociedad industrial desarrollada, como la de hoy, el simple acceso del público es insuficiente para garantizar el control democrático de la Justicia a que se ha orientado históricamente el principio de publicidad judicial inmediata. Por eso en la STC 30/1982, de 1 de junio, precisamos ya que los profesionales de los medios de comunicación social gozan de un derecho preferente de acceso, atribuido en virtud de la función que cumplen, como adecuadamente recoge también el citado punto 1 del Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo”.

El voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ en la STC 57/2004 señala en su punto número 1 que “las libertades que garantiza el artículo 20 CE, que son piedra angular del Estado democrático” y que la libertad de información se vincula con “la institución de un proceso público, abierto y justo, que es otra de las conquistas que hacen posible nuestra civilización”. Asimismo, señala que “el derecho comparado muestra que es muy difícil trazar una línea de separación entre las exigencias de la libertad de información y las garantías de un juicio justo. En su punto 3 continúa diciendo que “una prensa fuerte y libre es el gran aliado de las garantías de un proceso justo: Los pueblos que no son capaces de leer sus crímenes en los periódicos están condenados a leerlos en sus libros de Historia. Los medios de comunicación social son un antiséptico eficaz contra los excesos en la aplicación de las leyes y frente a posibles abusos del poder judicial. Finalmente, en su punto 4 señala que “a esa finalidad sirve el principio, acuñado en la Revolución Francesa frente al proceso inquisitorial y secreto de la Justicia del Antiguo Régimen, que, tras Voltaire, se conoce como de “apertura a todos de las Salas de justicia” (“Tous les interrogatoires se font a portes ouvertes”).

En el mismo sentido, la STC 30/1982, ya citada, señala que la publicidad “puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información y transmitirla (...). Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta respecto a acontecimientos que por su entidad puede afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social (...).”.

La Recomendación 13(2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativo a las informaciones sobre procedimientos penales en medios de comunicación, aprobada el 10 de julio de 2003, reitera la importancia de la libertad de los periodistas para informar sobre el sistema penal y el derecho del público de recibir información sobre estas materias (incluyendo servicios policiales), para lo cual se debe facilitar el trabajo de la prensa y su acceso a los juicios.

²³³ Claus ROXIN (1999), ob. cit., nota 44, p. 92.

²³⁴ La complejidad del sistema legal hace difícil el cumplimiento de los objetivos de la publicidad, favoreciendo su transformación en espectáculo. Ernesto PEDRAZ PENALVA, “Nota sobre Publicidad y Proceso”, Revista del Poder Judicial, No XI, CGPJ (1990), p. 115-130 (citado por Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 25, p. 49-50).

²³⁵ Ibid., p. 50.

Es interesante resaltar un punto relativo a la intermediación del conocimiento de lo obrado en un juicio.

Hemos dicho que el acceso a las actuaciones judiciales que requiere la opinión pública no precisa ser inmediata o directa, sino que por el contrario, puede verse facilitada por la intermediación y organización que de estos eventos realicen los medios de comunicación.

Sin embargo, no puede argumentarse en la forma inversa, dando por satisfecha la exigencia de publicidad procesal dando a los medios un acceso indirecto a lo obrado en una audiencia²³⁶.

En este sentido, la información entregada por los Gabinetes de Prensa sólo puede considerarse como una fuente adicional de información²³⁷, que en ningún caso puede sustituir el derecho colectivo de conocer de primera mano el desarrollo de un proceso judicial.

ROXIN llama a hacerse cargo de la doble faz de los medios de comunicación dentro del proceso, al mismo tiempo útil y potencialmente nociva, buscando aquellos elementos y refuerzos que permitan maximizar los primeros e impedir o reducir los segundos, en la medida de lo posible²³⁸. Agrega luego que la tensión entre publicidad y el secreto ocultan dos intereses primarios que no admiten

²³⁶ STC 56/2004; y STC 57/2004, FJ 3 señalan que: “(...) la asistencia de los representantes de los medios de comunicación social a las sesiones de un juicio público no tiene lugar en virtud de un privilegio gracioso y discrecional, sino de un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado ex art. 120.1 CE (STC 56/2004, FJ 3); y, de otro, que, siendo las audiencias públicas judiciales una fuente pública de información, forma parte del contenido del derecho que tienen los profesionales de la prensa la obtención de la noticia en la vista pública en que ésta se produce (...)”.

Asimismo, la STC 57/2004 en su FJ 4 dispone que: “las audiencias públicas judiciales son, pues, una fuente pública de información y, por eso, conforme acaba de exponerse, ha declarado este Tribunal, con respecto a los profesionales de la prensa escrita, que forma parte del contenido de su derecho a comunicar información la obtención de la noticia en la vista pública en que ésta se produce”.

²³⁷ STC 57/2004, FJ 6, sentencia que el precepto que señala que: “la información que pueda derivarse de los actos a que se refiere el párrafo anterior (actos jurisdiccionales o gubernativos que se celebren en régimen de audiencia pública) y, en general, de los asuntos de la competencia del Tribunal, se efectuará por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y en la correspondiente Sala de Prensa”, resulta evidente que “no puede interpretarse, como hace la Federación recurrente, en el sentido de que establezca una competencia excluyente relativa a la información sobre los asuntos que sean competencia del Tribunal Supremo a favor de su Gabinete Técnico. El precepto establece un cauce adicional para la obtención de datos que en nada limita el derecho a la libertad de información de los periodistas, sino que, más bien, la favorece, en la medida en que prevé una nueva fuente que se añade a la establecida en el párrafo anterior - acceso directo a la audiencia pública. El derecho a la libertad de información es, precisamente, un derecho de libertad (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11), que no contiene, en principio, como derecho subjetivo, ningún derecho prestacional (STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 4), pero es indudable que su vertiente objetiva puede aconsejar el establecimiento de canales de información por el Estado (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 5), como el que aquí se ofrece por parte del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo”.

²³⁸ Claus ROXIN (1999), ob. cit., nota 44, p. 87.

subordinación: la defensa de la sociedad y la defensa del inculpaado. El estado no puede desproteger ninguno de ellos²³⁹.

3.- La presunción de inocencia

3.1.- La presunción de inocencia como derecho fundamental de naturaleza procesal

El derecho a la presunción de inocencia ha sido considerado como una de las principales garantías del Estado de Derecho, y es una cláusula común en todos los catálogos de derechos humanos²⁴⁰.

Por su medio se garantiza que sólo mediante un juicio tramitado conforme a derecho una persona pueda ser sancionada, protegiendo de este modo a los miembros de la sociedad frente a la arbitrariedad de la autoridad y del ejercicio del poder punitivo²⁴¹.

²³⁹ Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Terenciano ÁLVAREZ PÉREZ, Pedro RODRÍGUEZ, ob. cit., nota 67, p. 175.

²⁴⁰ El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que: “Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. El artículo 14.2 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos dice que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. El artículo 6.2 de la CEDH señala que: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. La CE incorpora explícitamente este derecho en su artículo 24.2. El artículo 9-11 del Código Civil Francés consagra la garantía a nivel legal, señalando que: “Todos tienen derecho al respeto de la presunción de inocencia”. Los artículos 1249 y 1253 del Código Civil Español se refieren también a él.

²⁴¹ En el Libro Verde de la Comunicad Europea sobre la presunción de Inocencia, se señala que el acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable. La presunción de inocencia requiere que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa. No debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal. El acusado no podrá ser detenido en régimen de prisión preventiva, salvo por motivos excepcionales. Si es detenido en régimen de prisión preventiva, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia. La carga de la prueba de culpabilidad recae en el Estado, y cualquier duda será favorable al acusado. Éste podrá negarse a contestar preguntas. Generalmente, no se le exigirá que presente pruebas auto inculpatorias. Sus bienes sólo podrán ser embargados mediante un proceso ajustado a Derecho, presentada por la Comisión de las comunidades europeas). “*Libro verde de la Comunidad Europea sobre la Presunción de Inocencia*”, Bruselas, 26.4.2006, COM (2006) 174 final.

NOGUEIRA sostiene que: “La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ,

En tiempos más recientes, la doctrina ha dado a este derecho una extensión que va más allá del Derecho Penal, alcanzando a cualquier medida restrictiva, disciplinaria o sancionatoria impuesta por el Estado²⁴², o a cualquier tipo de trato que informalmente suponga una consideración de culpabilidad²⁴³. Desarrollaremos este proceso en las páginas que siguen.

Este derecho se vincula con los principios democráticos de igualdad de trato y de igualdad ante la ley, así como al criterio de sentido común, recogido también por el derecho, de que “lo normal se presume”, siendo lo normal el que las personas respeten la ley, y lo excepcional, que sean culpables de delitos²⁴⁴. Por ello, PRIETO SANCHÍS lo considera como un derecho de autonomía, que garantiza a toda persona que todo aquello que no está prohibido puede ser hecho, sin que pueda presumirse lo contrario, vinculándolo con uno de los principios básicos del estado liberal de derecho²⁴⁵.

3.2.- Garantías constitucionales cubiertas por la presunción de inocencia

La presunción de inocencia cubre al menos dos tipos de garantías: la primera se vincula al tratamiento del imputado y la segunda a las reglas del juicio²⁴⁶.

La garantía referida al tratamiento o estatus de toda persona no condenada, tiene como consecuencia, entre otras, el derecho a la persona a no sufrir medidas restrictivas innecesarias cuando se encuentra imputada, pudiendo gozar en la mayor medida de lo posible de sus derechos mientras no exista una sentencia condenatoria en su contra.

La garantía relativa a las reglas de juicio es de naturaleza más procesal y tiene que ver con la carga de la prueba, con la obligación del juez de limitarse a la prueba

“Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia”, Revista Ius et Praxis, Vol. 11, No. 1 (2005), p. 221-241.

²⁴² NOGUEIRA sostiene que: “El derecho a la presunción de inocencia debe aplicarse no solo al ámbito de las conductas eventualmente delictivas, sino también a la adopción de cualquier resolución administrativa o jurisdiccional, que se base en conducta de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una afectación de sus derechos u una sanción ya que ellos son manifestación del ámbito punitivo estatal”. Ídem.

En el mismo sentido STC 18/1981, FJ 2; STC 13/1982, FJ 3; STC 37/1985, FJ 2; STC 76/1990, FJ 8; STC 36/1991, FJ 4; STC 14/1997 FJ 5; y STC 45/1997, FJ 3.

²⁴³ El derecho a la presunción de inocencia “exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella”. CIDH, *Lori Berenson Mejía v. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 160.

²⁴⁴ En contra, Alexander GALLAHER, “La Presunción de Inocencia y la Presunción de Voluntariedad”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago (1996), p. 6.

²⁴⁵ Luis PRIETO SANCHÍS, “Estudios sobre Derechos Fundamentales”, Debate, Madrid (1990), p. 192. Por su parte, LAMO DE ESPINOSA afirma que “estamos quizás ante los fundamentos mismos del orden jurídico moderno incluso del estado liberal y del estado de derecho, y desde luego el papel de la abogacía. Los hombres son inocentes mientras no se demuestre lo contrario, lo que no es sino la consecuencia práctica, cotidiana –y que a todos nos afecta– del principio fundamental jurídico y liberal: todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”. Emilio LAMO DE ESPINOSA, “La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos” (Ponencia), Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 33.

²⁴⁶ Luigi FERRAJOLI, “Derecho y Razón”, Trotta, Madrid (2001), p. 551.

legal y oportunamente presentada²⁴⁷, y con el principio “in dubio pro reo”, que impone al juez un criterio de decisión para el caso en que existan pruebas dudosas o contradictorias. La “interdicción de la condena dubitativa” sería parte del contenido esencial de la presunción de inocencia²⁴⁸.

Por ello, adicionalmente, la presunción de inocencia refuerza la obligación de motivar la sentencia, y en especial, los elementos tenidos en consideración por el tribunal para formar su convicción más allá de toda duda razonable. Ello será además, fundamental para su posterior revisión.

El carácter procesal de este derecho ha sido remarcado por diferentes instancias.

El Libro Verde sobre la presunción de inocencia, elaborado por la Comunidad Europea, señala que sólo debe entenderse a favor “de la persona contra la que se han presentado cargos (...) hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable”. Luego agrega que la presunción de inocencia “requiere que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa²⁴⁹”, y que “no debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable

²⁴⁷ El derecho a la presunción de inocencia implica que las pruebas que pueden tenerse en cuenta para fundar la decisión de condena son las que el ordenamiento jurídico contempla, practicadas bajo la intermediación del órgano jurisdiccional determinado legalmente, con observancia de los principios de contradicción y publicidad, siendo constitucionalmente legítimas. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, ob. cit., nota 210. Ver también Jaime VEGAS TORRES, “Presunción de inocencia y prueba en el derecho procesal penal”, La ley (1993).

²⁴⁸ TOMAS Y VALIENTE señala que “la consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribire la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente”. Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “In Dubio Pro Reo. Libre Apreciación de la Prueba y Presunción de Inocencia”, Revista Española de Derecho Constitucional, No 20 (1987), p. 25. Para VERGER GRAU, el principio pro reo es parte de la presunción de inocencia. Joan VERGER GRAU, “Los Juicios Paralelos y la Presunción de Inocencia con Especial Referencia al Jurado”, en La Criminalidad Organizada ante la Justicia, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (ed.), Ediciones de la Universidad de Sevilla (1996), p. 202.

Ver además STC 76/1993, FJ 2; STC 21/1993, FJ 3; y STC 45/1997, FJ 6. En el mismo sentido, CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 153; CIDH, *Cantoral Benavides v. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 120.

Sin embargo, en casos excepcionales como las infracciones de normas y las infracciones documentales, una vez que la acusación ha demostrado la existencia de una obligación, el acusado debe demostrar que la ha cumplido. Lo mismo sucede frente a algunos argumentos como legítima defensa o enajenación mental. Así puede verse en el Libro Verde sobre la Presunción de Inocencia (2006), ob. cit., nota 210.

²⁴⁹ Cita la sentencia de la CEDH N° 10590/83, *Barberà, Messegué y Jabardo v. España*, de 6 de diciembre de 1988, párrafo 77.

por un tribunal”²⁵⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado en modo similar²⁵¹.

Como todo derecho fundamental, este derecho puede ser limitado y ponderado con otros derechos o bienes jurídicos relevantes. Por ejemplo, algunas instituciones como la prisión preventiva y el arraigo, entre otras, parecen tensionar este principio. Pero ellas deben considerarse como restricciones nacidas del balanceo entre diferentes bienes jurídicos protegidos, entre los que están, por un lado, la presunción de inocencia y los derechos de las personas, y por otro, las necesidades propias de la investigación criminal y del derecho sancionatorio, y con tal criterio deben ser utilizadas²⁵².

Para algunos, los derechos de garantía que derivan de la presunción de inocencia pueden considerarse como un obstáculo a la labor investigativa y punitiva del Estado, y con ello, a su potestad sancionatoria, pero en realidad sólo le exigen racionalidad y justicia.

Finalmente, podemos decir que el desarrollo histórico de este principio data al menos de la época de Ulpiano, quien lo incorpora al Corpus Juris Civilis, entrando luego en desuso ante el derecho de la Edad Media (derecho canónico, prácticas inquisitoriales, etc.)²⁵³. CARRARA “elevó el principio de inocencia a

²⁵⁰ Libro Verde sobre la Presunción de Inocencia (2006), ob. cit., nota 210, 174 final, Título 2. Luego agrega que: “El acusado no podrá ser detenido en régimen de prisión preventiva, salvo por motivos excepcionales. Si es detenido en régimen de prisión preventiva, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia. La carga de la prueba de culpabilidad recae en el Estado, y cualquier duda será favorable al acusado. Éste podrá negarse a contestar preguntas. Generalmente, no se le exigirá que presente pruebas auto inculpatorias. Sus bienes sólo podrán ser embargados mediante un proceso ajustado a Derecho”.

²⁵¹ “El derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quién acusa”. CIDH, *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 154.

²⁵² NOGUEIRA señala que la presunción de inocencia “no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, como asimismo aplicando los principios la adecuación y proporcionalidad de ellas”, pero obliga a que las restricciones sean mínimas y no constituyan un anticipo de la pena. En el mismo sentido se han pronunciado la CIDH y la CEDH. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (2005), ob. cit., nota 210.

A nuestro entender, el hecho de que buena parte de las acusaciones formalizadas terminen en una condena no contradice este derecho, aunque nos debe llevar a plantear y analizar detenidamente numerosas hipótesis explicativas, entre las cuales están las de la seriedad del trabajo acusatorio y la predisposición de jueces y jurados frente a quienes se ven involucrados en un proceso penal. De hecho, no puede negarse que la sola acusación resulta un elemento indicador respecto de la probable participación de la persona en un determinado delito, por lo que la presunción de inocencia sólo opera en un ámbito jurídico, no subjetivo.

De esta manera, se evitará que el estado adopte las más duras medidas de que es capaz contra uno de sus integrantes, siguiendo una precaución y salvaguarda política ya conocida desde tiempos de Trajano que afirmaba que “prefería 1000 culpables libres a un inocente condenado”, aún sin ninguna de las exigencias propias de los Estados Constitucionales Democráticos.

²⁵³ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (2005), ob. cit., nota 210, p. 3, citando en esto a Miguel Ángel MONTAÑÉS PARDO, “La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial”,

postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso”²⁵⁴ y desde entonces ha gozado de un reconocimiento unánime y uniforme.

3.3.- Ampliación del principio de presunción de inocencia más allá del ámbito procesal. La solución española.

La presunción de inocencia opera como una garantía procesal individual, pero también como un elemento constitutivo del orden social, que permite aumentar los niveles de confianza y seguridad jurídica frente a las actuaciones del Estado. Por ello, junto con ser una garantía de orden procesal, tiene una importante vertiente institucional y política, obligando a todos los órganos y agentes del Estado, sin necesidad de intermediación del legislador, pues constituye un derecho de aplicación inmediata.

La Constitución incorpora el derecho a la presunción de inocencia, por primera vez en forma explícita, en el artículo 24.2²⁵⁵. La norma citada se limita a afirmar que “todos tienen derecho a la presunción de inocencia”, lo que ha permitido un gran desarrollo de este concepto, permitiendo su aplicación, bajo ciertos condicionantes, incluso más allá del ámbito estrictamente procesal.

En este sentido, puede considerarse que la escueta redacción, y la falta de referencias a situaciones concretas (procesos, instituciones, etc.), fue un acierto del constituyente²⁵⁶.

Aranzadi, Pamplona (1999), p. 29; y a Francisco TOMÁS Y VALIENTE (1987), ob. cit., nota 217, p. 9-34.

²⁵⁴ “CARRARA sostendrá que la metafísica el derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública; la metafísica del derecho procesal tiene por misión proteger a los ciudadanos inocentes u honrados contra los abusos y los errores de la autoridad. De la presunción de inocencia Carrara hace derivar la carga acusatoria de la prueba, la oportuna intimación de los cargos, la moderación en la custodia preventiva, la crítica imparcial en la apreciación de los indicios”. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (2005), ob. cit., nota 210, p. 221-241.

²⁵⁵ Aunque puede decirse que en forma tácita ya había sido recogida por la suscripción de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en especial la Convención Europea sobre Derechos Humanos H (1977) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y en la práctica, ya era reconocido en forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia (como sucede en otros países que no lo han reconocido expresamente).

²⁵⁶ Una situación interesante que merece la pena ser citada es el intercambio de opiniones entre los miembros de la Comisión Constituyente de la Constitución Política de la República de Chile (CPR), referido a la amplitud que debía darse al principio de inocencia, y que llevaron a que en todos los primeros intentos de redacción se buscara dar al mismo un sentido amplio. Finalmente, la fórmula utilizada fue muy similar a la de la CE, afirmándose que al decir que “nadie será considerado culpable”, la disposición quedaba establecida en una forma “enfática, didáctica, amplia, comprensiva”, por lo que el mensaje ya no era sólo para el juez y referido al proceso penal, sino para la sociedad toda (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 124, celebrada el 27 de mayo de 1975, p. 5 y 6).

En forma previa, el presidente de la Comisión (Sr. ORTÚZAR) había señalado que “basta que un diario diga que una persona cometió tal cosa para que exista poco menos que cosa juzgada a su respecto”. En un sentido similar, Jaime GUZMÁN sostenía que lo que “hacen los medios de comunicación es formar ambiente para distorsionar una mentalidad, ya que al publicitar que tal persona será sometida a proceso o encargada reo, se pretende darle signo o patente de culpabilidad” (p. 8). Y el comisionado OVALLE, manifestaba que “por todos los medios

Al igual que en todo el mundo, en España hay consenso de que la presunción de inocencia despliega su máxima protección en el ámbito procesal y sancionatorio. Pero también se reconoce que una persona puede ser injustamente tratada como culpable en otras sedes, como típicamente puede observarse al ver el tratamiento mediático de determinados hechos (“juicios paralelos”)²⁵⁷, donde las informaciones públicamente difundidas por los medios de comunicación son capaces de generar una intensa y errada idea de culpabilidad, difícil de revertir, y capaz de provocar serios daños a las personas afectadas²⁵⁸. Esta ampliación será especialmente relevante en materia de juicios penales, por la evidente vulnerabilidad a que se enfrentan las personas que están siendo afectadas por dicha situación.

Por ello, existe una fuerte tendencia en el constitucionalismo moderno a extender la eficacia de esta garantía a otras áreas y situaciones, así como a exigir a todos los órganos del Estado una conducta consistente²⁵⁹.

posibles hay que luchar para proscribir esta costumbre que nace en la prensa maledicente que va formando esos conceptos” (p. 10), dando a continuación testimonio de su negativa experiencia personal.

Poniendo paños fríos a la discusión, don Alejandro SILVA BASCUÑÁN precisaba que la garantía de la presunción de inocencia es estrictamente procesal y no garantiza la protección del honor y la honra ante ataques de la prensa: “las presunciones de culpabilidad que se han recordado son nada más que inherentes al peso de la prueba, pero no a la consideración social de la persona y al respeto de ella”. Por tanto, señala la importancia de no relacionar ambas materias: “de ninguna manera desea relacionar el asunto con el proceso penal, sino con la consideración que la sociedad entera y los que están a cargo del régimen carcelario deben tener respecto de las personas cuya responsabilidad no se ha establecido” (ambas citas, p. 7).

²⁵⁷ STC 166/1995, FJ3 ha señalado que: “el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor y no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”. Este criterio ya se encuentra en la STC 109/1986, FJ 1 y en STC 128/1995, FJ3.

Por su parte, la STS de 9 de febrero de 2004 señala que: “el referido reportaje, al contener juicios de valor sobre la culpabilidad del actor, no ya en forma precisamente subliminal, sino bien clara y patente, a modo de juicio paralelo, a los que tan aficionada es la prensa, y que más que informar desinforman y atacan frontalmente el principio constitucional de presunción de inocencia, predisponiendo a la opinión público contra la persona que se señala, la que indudablemente resulta así desprestigiada y vejada, por someterla así a un ataque injustificado a su honor, dignidad y estima propia y por los demás, como aquí sucede, y ha quedado sentado como hecho debidamente probado, que actúa como divulgación irresponsable por tendenciosa y marcada a protagonizar al demandante como autor comprobado del delito de agresión sexual, del que fue absuelto por sentencia”.

²⁵⁸ En forma universal se ha percibido que la población, sin contar con los conocimientos jurídicos y procesales adecuados, tiende a considerar culpable a una persona por el sólo hecho de verse involucrada en un proceso penal, con las consecuentes situaciones de descrédito y sufrimiento de diverso tipo que ello provoca. En el mismo sentido, José Augusto DE VEGA RUIZ (1998), ob. cit., nota 118, p. 68.

²⁵⁹ STC 109/1986 FJ 1, “el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza”. VALLDECABRES ORTIZ sostiene que al margen de su proyección “como límite a de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones normativas vigentes” y como regla del juicio procesal, como lo ha sostenido el TS (Sentencia de 2 de noviembre de 1989, 14 de junio de 1990 y 8 de febrero del mismo año). María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4, p. 655.

3.4.- Exigibilidad de respetar la presunción de inocencia a todos los órganos del Estado y a los funcionarios públicos

No es necesario señalar acá que los órganos del Estado están bajo el alero de la misma Constitución, y por lo mismo, están comprometidos con el mismo orden de valores y con los mismos objetivos. Por ello, resulta natural que todos ellos se vean activamente comprometidos en la materialización efectiva del principio de presunción de inocencia, por lo que aun partiendo de la base de que se trata de un derecho de naturaleza estrictamente procesal, obliga también a todos los órganos y funcionarios públicos²⁶⁰.

Así lo señaló claramente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Las autoridades y sobre todo aquellas que tienen a su cargo las investigaciones y los procesos penales deben mostrarse muy prudentes a la hora de hacer declaraciones públicas sobre los asuntos o personas objeto de investigación judicial, a fin de evitar en lo posible, que estas declaraciones sean mal interpretadas por el público y conduzcan a poner en cuestión la inocencia del acusado. Hay circunstancias que exponen más a las personas a verse expuesto a una lesión a su honor. Una de ellas es participar de cualquier manera en un proceso judicial, y particularmente, si es un proceso que ha sido o puede ser publicitado por los medios de comunicación. Lo mismo señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “la presunción de inocencia puede ser infringida no sólo por un juez o tribunal, sino también por otras autoridades públicas” (en este caso, en una rueda de prensa se había señalado al reclamante como instigador del asesinato de un político²⁶¹).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el mismo sentido, señalando que “la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública”²⁶².

El Libro Verde sobre la presunción de inocencia, haciendo referencia al mismo principio, realiza un oportuno matiz en referencia al principio de publicidad y a la

²⁶⁰ JUANES PECES señala que el deber de reserva (la prohibición de hacer comentarios que pongan en duda la inocencia de personas sometidas a proceso) sólo afecta a jueces y autoridades públicas, lo cual sería doctrina reiterada del Tribunal de Derechos Humanos. JUANES PECES (1999), ob. cit., nota 59.

Respecto de las informaciones que las autoridades públicas puedan dar sobre el caso, Patrick TITUM señala que pueden imponerse límites “para salvaguardar la presunción de inocencia del inculpado”, fundado en la obligación impuesta por el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se refiere a todos los representantes del estado, al menos hasta que la infracción no haya sido judicialmente establecida. Luego, siguiendo a Juan José LÓPEZ ORTEGA, señala que estas limitaciones “no afectan de la misma manera a los particulares, a las masas medias”, señalando que sobre ellas cabe aplicar el artículo 10, sobre la base de la buena fe del periodista y su respeto a la ética. Patrick TITUM “*Libertad de información y Poder Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*”, en Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. Encuentro Jueces-Periodistas (1999).

²⁶¹ CEDH N° 15175/89, *Alenet de Ribemont v. Francia*, de 10 de febrero de 1995, párrafo 36-46. En este se aborda las declaraciones públicas que señalaban a una persona como instigador de un asesinato. La CEDH consideró que fueron los medios y no las autoridades las que afectaron la presunción de inocencia, y esta sólo tiene eficacia frente a los funcionarios públicos (párrafo 46).

²⁶² CIDH, *Lori Berenson v. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2004, párrafo 159.

necesidad de informar a la opinión pública sobre los procesos pendientes: “las autoridades pueden informar públicamente de las investigaciones y expresar sospechas de culpabilidad, siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado, y se manifieste con discreción y prudencia”²⁶³.

Por todo lo anterior, cabe concluir que del derecho a la presunción de inocencia emana un deber exigible a todos los funcionarios públicos de tratar a todas las personas como inocentes mientras no se haya demostrado lo contrario.

Queda, sin embargo, determinar la extensión de este principio en el ámbito de las relaciones entre privados y la forma en que estos derechos entrarán en juego con los demás derechos protegidos constitucionalmente.

3.5.- Presunción de inocencia impropia

Hemos señalado que puede hablarse de una presunción de inocencia en sentido estricto o propio, y otra en un sentido amplio o impropio²⁶⁴.

Habiéndonos ya referido al derecho a la presunción de inocencia como garantía procesal (estricta o propia), corresponde que nos detengamos en aquella que tiene un sentido más amplio o extraprocesal, y que básicamente consiste en el derecho de toda persona a recibir, de parte de quienes no son funcionarios ni órganos públicos, la consideración y el trato de no autor del delito²⁶⁵.

Esta ampliación se funda en las mismas razones que existen para validar la otra modalidad de presunción de inocencia ya comentada. El hecho de que en materia procesal haya sido elevada al rango de derecho fundamental sólo parece vinculado con la necesidad de recalcar su importancia y con asegurar su protección por la vía del recurso de amparo²⁶⁶, y tiene como natural consecuencia

²⁶³ Libro Verde sobre la Presunción de Inocencia (2006), ob. cit., nota 210, 174 final, Título 2.1, referida a la declaración de culpabilidad con anterioridad al juicio. En este sentido, “a pesar de la presunción de inocencia se permite que los medios de comunicación informen sobre las sospechas, los resultados de la instrucción sumarial, lo que acontece en el juicio oral y sobre la sentencia”. Winfried HASSEMER, “*Fundamentos del Derecho Penal*”, Bosch S.A., Barcelona (1984), p. 199.

El Tribunal Constitucional, por su parte, se refirió a estos criterios en su STC 244/2007. El caso se refiere a la información suministrada por el Gobernador civil en rueda de prensa, dando cuenta de una operación antiterrorista y la detención de varias personas, a quienes individualizó y vinculó con diversos crímenes, uno de los cuales (el reclamante de amparo) fue puesto en libertad sin cargos días más tarde, siendo archivadas las diligencias respecto a su persona.

JUANES PECES se pronuncia en el mismo sentido, señalando que así lo han entendido tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos (en el caso Petra Krause (Suiza), reiterada después en el caso X contra (Austria, R.F. y S.F.) y finalmente en el caso M.Berns y J. Ewert contra Luxemburgo), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Allenet de Ribemont*, de 10 de febrero de 1995). Ángel JUANES PECES, (1999) op cit nota 59, p. 31

. Ángel JUANES PECES, “*Los Juicios Paralelos*”, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas. Ángel JUANES PECES, “*Los Juicios Paralelos. El Derecho a un Proceso Justo*”, en Justicia y Medios de Comunicación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2007), p. 63.

²⁶⁴ STC 109/86, FJ 1 y FJ 2.

²⁶⁵ Manuel PULIDO QUECEDO, “*La Dimensión Extraprocesal de la Presunción de inocencia*”, Aranzadi Tribunal Constitucional, No 19 (2008), p. 9-12.

²⁶⁶ STC 166/1995; y STC 244/2007. Pero es más dudoso poder exigir lo mismo a los particulares en el ejercicio de su autonomía y en especial, en el ejercicio de su libertad de

una exigibilidad del mismo mucho más intensa cuando se trata de jueces y órganos y funcionarios públicos. Pero no puede significar que como bien jurídico u objetivo deseado desaparezca fuera de esos ámbitos.

Para lograr que este imperativo de justicia sea hecho realidad, el Estado debe tomar las precauciones y medidas necesarias, materializando así el imperativo neoconstitucional, que busca dar a todos los derechos y al orden de valores que los inspiran una dimensión efectiva²⁶⁷.

3.5.1.- Limitaciones normativas existentes en la protección de la presunción de inocencia en un sentido impropio.

Al avocarnos a la tarea de dar efectiva protección a la presunción de inocencia en un sentido amplio, es necesario considerar las restricciones normativas existentes, ajustándonos a ellas.

En este sentido, el reconocimiento constitucional del artículo 24.4 de la Constitución Española lo limita estrictamente al ámbito procesal, por lo que fuera de ellos no podría ser considerado como un derecho fundamental, con todas las consecuencias que ello implica (respeto de contenido esencial, interpretación, balanceo, entre muchas otras).

Pero en ningún caso ello impide invocarlo como un principio general de Derecho, y como un valor o bien jurídico digno de protección, pues la presunción de inocencia, habiendo mostrado ser una herramienta útil y eficaz al servicio de la dignidad humana no es excluyente de otras medidas que apunten en la misma dirección.

En consecuencia, y en ausencia de una norma que lo consagre en forma expresa, este *obstáculo* nos obliga a buscar y fundamentar la protección deseada por la vía de otros bienes jurídicos que también entran en juego y puedan resultar lesionados frente a las mismas situaciones, como sucederá típicamente con el honor. Otros bienes que podrían ser afectados serían la privacidad, la intimidad, el derecho a la no discriminación e igualdad de trato, e incluso el derecho de

expresión y de conciencia. Otra cosa es que el Estado podrá limitar siempre la emisión de injuriosas, que dañen la honra, pero no fundadas necesariamente en la presunción de inocencia, ya que ellas incluso puede hacerlas después de dictada la sentencia. Por tanto, lo que es claro es que todos los órganos del Estado y poderes públicos deben respetar este principio (y los medios de comunicación vinculados al estado que no tengan un estatuto autónomo).

²⁶⁷ En el derecho comparado también hay situaciones donde esta realidad ha sido acogida. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Copiapó (Chile), acogió un recurso de protección en contra de Televisión Nacional de Chile, por realizar y difundir una entrevista que utilizaba preguntas que podían generar la idea de culpabilidad respecto del afectado. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 19 de octubre de 1998*, Revista Fallos del Mes (No. 480), p. 2286-2293 (p.2290), octubre (1998). La Corte señala que “no existe duda (...) que la entrevista en cuestión excede, atendido el estado procesal de la causa seguida contra Reyes Olivares, certificada en estos autos, a un material para ser exhibido en un Canal de Televisión con difusión para todo el país, pues de serlo, en los términos que se han referido, resultará afectado no sólo el derecho del imputado a la presunción de inocencia hasta la decisión judicial definitiva, sino también el derecho de los jueces llamados a estudiar y resolver el caso, de decidir con serenidad, sin presiones de cualquier orden, ajenas a lo jurisdiccional” (p. 2291).

propiedad, cuando las acusaciones provoquen daños patrimoniales evidentes (prestigio comercial o profesional, entre otros)²⁶⁸.

3.5.2.- Limitación de las actuaciones que atentan contra la presunción de inocencia por la vía de la ponderación de las mismas frente a otros derechos afectados

El primer recurso que disponemos será el mecanismo de ponderación y balanceo, que nos permitirá determinar en qué medida los derechos de los afectados pueden ser afectados por el ejercicio de otros derechos, como típicamente ocurrirá con la libertad de expresión e información y el derecho al honor²⁶⁹. En estos casos, deberá considerarse tanto el respeto al principio de inocencia (impropia)²⁷⁰, las exigencias de publicidad del proceso y los derechos a la libertad de expresión y de información, que en materia penal adquieren especial intensidad²⁷¹.

Una sentencia particularmente interesante es la STC 14/2003 referida a la publicación de la fotografía de un sospechoso difundida por autoridades policiales antes de la existencia de una condena. La Policía defendió su actuar en “la trascendencia social que supuso la gravísima agresión” y con el propósito de que “algún testigo, dada la hora y zona en que ocurrieron los hechos, pudiese facilitar nuevos datos que permitiesen la localización del tercer individuo interviniente en la agresión”²⁷².

Asimismo, las autoridades justificaron la entrega de las fotografías de los sospechosos invocando la necesidad de “1) tranquilizar a la opinión pública en un hecho de grave conmoción social; 2) transmitir un mensaje de eficacia policial, y 3) hacer saber al huido que su cerco era más estrecho”. Por ello, señalan que “no fue una publicidad gratuita sino enmarcada, como suele ser normal (vid. fotografías de presuntos miembros de ETA, o retratos-robot que se difunden) en

²⁶⁸ Abraham BARRERO ORTEGA, “Juicios Paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo”, Revista Ámbitos, No. 6, 1er Semestre (2001), p. 179.

Por esta vía, esta vía, se evita la discusión sobre la eficacia horizontal o vertical de este principio. Pero es más dudoso poder exigir lo mismo a los particulares en el ejercicio de su autonomía y en especial, en el ejercicio de su libertad de expresión y de conciencia. Otra cosa es que el Estado podrá limitar siempre la emisión de injuriosas, que dañen la honra, pero no fundadas necesariamente en la presunción de inocencia, ya que ellas incluso puede hacerlas después de dictada la sentencia. Lo que sí es que al hacerlo especialmente antes de dictada la sentencia, será justificado por la existencia de la presunción de inocencia.

²⁶⁹ Emilio CORTÉS BECHIARELLI (2003), ob. cit., nota 19, p. 138: “censura, ni nada parecido (...) la sentencia firme, cuando sea condenatoria, supone el momento a partir del cual ya puede hablarse con todo rigor de un *culpable*, y será entonces – y sólo entonces – cuando proceda colegir las consideraciones colaterales de la intangibilidad judicial de la resolución”.

²⁷⁰ Emilio CORTÉS BECHIARELLI (2008), ob. cit., nota 17, p. 93.

²⁷¹ Claus ROXIN (1999), ob. cit., nota 44, p. 83.

²⁷² STC 14/2003, FJ2. El caso se relaciona con la difusión realizada por parte de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid a diversos medios de comunicación de la fotografía tomada para la ficha policial a un detenido por una riña callejera que tuvo lugar en Valladolid el día 20 de febrero de 1994, como consecuencia de la cual falleció una de ellas y otras dos resultaron heridas. Finalmente, el implicado fue absuelto en la causa penal, pero su hermano y el amigo de éste fueron condenados.

ámbito de la investigación, para sus específicos fines y con un mínimo de cautela y objetividad en las palabras empleadas”²⁷³.

El Tribunal Constitucional aceptó la posibilidad de que los derechos constitucionales invocados por el afectado (honra, privacidad) fueran materia de ponderación, y por tanto, de restricciones legítimas²⁷⁴. Pero señaló que en el caso analizado, no concurrían los requisitos que hubiesen permitido su afectación²⁷⁵.

Pero más interesante resulta lo fallado respecto a los deberes de reserva y libertad de expresión de estos funcionarios, donde afirma que “constituyen principios básicos de actuación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado el deber de secreto profesional, que la Ley les impone, al disponer que “deberán guardar riguroso secreto respecto de todas las informaciones que conozcan por razón de su cargo o con ocasión del desempeño de sus funciones”, sin perjuicio del deber de colaboración con la Administración de Justicia y de auxiliarla en los términos establecidos en la Ley (arts. 5.1e. y 5 LOFCS; 443 LOPJ; 282 LECrim; 15 Real Decreto 769/1987, de 19 de junio); así como, en relación con las personas detenidas, el de respetar en su actuación su honor y dignidad (art. 5.3 LOFCS). En esta situación se encontrarían las fotos tomadas para el fichero policial, las que “no podrán usarse para finalidades distintas a aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos” (art. 4.2 LORTAD; también art. 4 LOPD)²⁷⁶. Señala también que este secreto no es absoluto (FJ 8) “pudiendo resultar justificada en determinados casos, en atención a sus concretas circunstancias, la difusión por la policía de la reseña fotográfica policial de una persona por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionales

²⁷³ STC 14/2003, FJ 9. La sentencia de la Audiencia Nacional que se recurre, cuyos argumentos son en lo esencial iguales que los del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, señala que: "Aquí el proceder fue legítimo y justificado y el destinatario tenía razonablemente el deber de soportarlo porque también razonablemente y en aquel momento estaba situado en una posición que le era claramente desfavorable (fundamento de Derecho cuarto)". El demandante señala que no es correcto supeditar sus derechos “al honor, a la intimidación personal y a la propia imagen a la tranquilidad de la opinión pública, a la imagen de eficacia de la policía y a la oportunidad de amedrentar a la persona huida implicada en los hechos, objetivos éstos que califica de muy respetables, pero que carecen del rango de derechos fundamentales y que en esta ocasión resultaban perfectamente alcanzables sin necesidad del alto sacrificio que padecieron sus derechos (...)"(FJ 3).

²⁷⁴ STC 14/2003, FJ 5.

²⁷⁵ STC 14/2003, FJ 10. La adopción de una medida como la cuestionada requería ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comportaba, en lo que ahora interesa, en el derecho a la propia imagen del recurrente en amparo y, de otra parte, si la medida era idónea, necesaria, imprescindible y proporcionada para asegurar la defensa del interés público que se pretendía proteger.

Y bien se comprende que el respeto a esa exigencia requería la fundamentación de la medida por parte de la autoridad que la ha adoptado, pues sólo tal fundamentación permitiría que fuera apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales pudieran controlar las razones que la justificaron a juicio de la autoridad policial (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.b).

²⁷⁶ STC 14/2003, FJ 7. También recordó el criterio asumido por la Corte de Estrasburgo, en cuanto a que señaló que “la toma de fotografía, con o sin su consentimiento, de una persona detenida en un centro militar constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (FJ 6) (art. 8.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos; sentencia de la CEDH de 28 de octubre de 1994 – caso *Murray v. Reino Unido* –, párrafo 84 y 85).

prevalentes en razón de dichas circunstancias”²⁷⁷. Finalmente, al analizar la posibilidad de que la difusión de fotografías estuviera amparada por la libertad de información, señaló que este derecho “no alcanza a las instituciones públicas o sus órganos, por lo que deberán encontrarse otras causales legitimadoras”²⁷⁸.

Sin embargo, también tenemos casos donde se ha señalado que la prohibición de publicar la fotografía de una persona en una revista va más allá de lo necesario para proteger a esa persona de la difamación, o para evitar que se violara la presunción de inocencia²⁷⁹. Las diferencias entre uno u otro caso se relacionan con los diferentes ejercicios de balanceo y las circunstancias que inclinan la balanza en un sentido u otro (gravedad de los hechos, carácter público de las personas involucradas, nivel de pruebas o indicios existentes, etc.).

3.5.3.- Recursos utilizados para garantizar la presunción de inocencia impropia

La imposibilidad de recurrir a la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente para materias extrajudiciales e invocarla incluso frente a particulares, nos obliga a indagar sobre las diferentes alternativas existentes para lograr el resultado buscado.

3.5.3.1.- Estándar de diligencia necesario para satisfacer el requisito de veracidad de la libertad de información

Otro criterio establecido en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional ha sido exigir un estándar especialmente alto de diligencia a la hora de satisfacer el requisito de veracidad exigido por el artículo 20.1 letra d) Constitución Española (libertad de información), cuando la noticia divulgada puede afectar la presunción de inocencia en su forma extraprocesal²⁸⁰, la que se extiende además a la forma utilizada para comunicarla²⁸¹.

²⁷⁷ STC 81/2001, FJ 2; y STC 156/2001, FJ 3 y 6.

²⁷⁸ STC 185/1989, FJ 4; STC 254/1993, FJ 7; ATC 19/1993, de 21 de enero.

²⁷⁹ CEDH N° 31457/96, *Nens Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, del 11 de enero de 2000, párrafo 59. Hay un estudio de CATALÁ I BAS, relativo a este caso, titulado “*Libertad de Expresión y Juicios Paralelos en la Jurisprudencia del TEDH*”, Revista General de Derecho, No 679 (2001).

²⁸⁰ STC 28/1996, FJ 3: “El concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995). Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periodística (SSTC 219/1992, fundamento jurídico 5; 240/1992, fundamento jurídico 7) y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate (STC 240/1992, fundamento jurídico 7). El nivel de diligencia exigible adquirirá “su máxima intensidad”, en primer lugar, “cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (SSTC 240/1992, fundamento jurídico 7; 178/1993, fundamento jurídico 5), criterio al que se añade, en su caso, abundándolo, el del respeto al derecho de todos a la presunción de inocencia (STC 219/1992, fundamento jurídico 5.º), y al que se suma también,

Con el mismo propósito, ha señalado que las inexactitudes que en general se aceptan en la comunicación de determinados hechos, tienen un espacio menor cuando pueden afectar la presunción de inocencia²⁸².

Estos criterios pueden verse aplicados en el caso que afectó al marido de una mujer desaparecida, cuando sus cuñadas acudieron a un canal de televisión inculpándolo²⁸³, cuando el caso se encontraba ya sobreesido. Frente a estos hechos, el Tribunal Constitucional rechazó las alegaciones de interés público y reportaje neutral²⁸⁴, señalando, por el contrario, que “las manifestaciones realizadas no se limitaron a narrar hechos de veracidad comprobada, sino que presentaron ante la opinión pública a la persona objeto de dichas informaciones como autor real y verdadero de un asesinato, hasta el punto de calificarlo literalmente de “asesino”, por lo que se consideró que el nivel de diligencia utilizado fue inferior al requerido²⁸⁵.

3.5.3.2.- Secreto de sumario

El reconocimiento de la presunción de inocencia como un principio general incluye el derecho de toda persona a no ser considerado culpable, o tratado como tal, incluso por la opinión pública. Por ello, se ha vinculado este derecho con el secreto de sumario²⁸⁶.

de modo bifronte, el de la “trascendencia de la información”, pues, si bien ésta sugiere de suyo un mayor cuidado en la contrastación (así, SSTC 219/1992, fundamento jurídico 5º; 240/1992, fundamento jurídico 7º), apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia”.

Luego este criterio se mantiene por ejemplo en la STC 54/2004, FJ 3. Debe considerarse a la hora de evaluar la diligencia el principio de presunción de inocencia (cuando se afecte, la diligencia exigida deberá ser mayor) y en otras.

²⁸¹ STC 219/92, FJ 1; y STC 54/2004, FJ 2.

²⁸² STS de 3 de diciembre de 1992: “La exigencia de una información veraz obliga a respetar el derecho de todos a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 CE. No es admisible por tanto no puede conocer la diferencia entre el autor de un delito o el presunto autor (...) de manera que ningún profesional del periodismo puede excusar su ignorancia (...)”.

²⁸³ STC 139/1997, Parte I. 2. a) del fallo.

²⁸⁴ STC 139/1997, Parte I. 2. c): “el ente público y el presentador de televisión (...) se limitaron a entrevistar a las hermanas codemandadas y a emitir un reportaje sin hacer propias las manifestaciones de las mismas ni a tomar partido sobre lo que se dice”.

²⁸⁵ STC 139/1997, FJ 9 y 10.

²⁸⁶ Francesco CARNELUTTI, *“La Publicidad en el Proceso Penal”*, en *“Cuestiones sobre el Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Europa América”*, Buenos Aires (1961), p. 125.

El Consejo General del Poder Judicial, en el apartado VIII de su declaración de 25 de Enero de 1995 vincula secreto sumarial con protección del honor: “El secreto sumarial es, en efecto, además de instrumento de eficacia de la reconstrucción de los hechos presuntamente delictivos, garantía del derecho al honor de las personas que, en algún momento del proceso puedan aparecer relacionadas con aquellos hechos, en tanto estos se esclarecen a efecto de formular o no, una acusación jurisdiccionalmente contrastada”. Naturalmente las acusaciones e imputaciones de culpabilidad pueden estar relacionadas a un proceso o a un sumario, pero pueden también no estarlo. Ni siquiera el sumario es la única fuente de acceso a hechos del proceso, sino que este es sólo un registro (salvo que se lo considere en un sentido amplio, como “la investigación”, dado que naturalmente las filtraciones que pueden dar acceso al sumario – y sus fuentes – son numerosísimas.

ATC 195/1991, FJ 6: “en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y el derecho al honor del imputado, así como las exigencias del derecho instructorio en orden a

Asimismo, la instrucción 3/1993 de la Fiscalía General del Estado ve en el secreto de sumario una herramienta para proteger “al menos en parte” el honor de los procesados hasta la condena, haciendo extensivo el efecto extraprocesal de la presunción de inocencia.

3.5.3.3.- Protección de la imparcialidad del Tribunal

Tal como lo hemos señalado, los jueces, y en especial los jurados, pueden verse influidos por las informaciones mediáticas que reciben sobre algunos casos, predisponiéndolos contra alguno de los inculpados. Por ello, pueden tomarse medidas que protegiendo la imparcialidad del juez y el derecho de las partes a un juicio justo, garanticen de mejor manera el derecho de todas las personas a ser consideradas inocentes hasta que no se demuestre lo contrario por medio de un juicio justo y sometido a todas las garantías legales.

Por ello, por ejemplo, se ha prohibido a la prensa difundir condenas anteriores de los acusados o confesiones de diverso tipo mientras se desarrollan otros juicios de gran sensibilidad mediática²⁸⁷.

3.5.3.4.- Deberes de los periodistas y de los medios de comunicación

Dada la relevante función institucional que cumple la prensa y el periodismo, y dada la necesidad de restringir los efectos dañinos de los llamados “juicios paralelos”, se ha exigido un mayor estándar de verificación y celo periodístico frente a aquellas informaciones que pueden afectar la presunción de inocencia²⁸⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los periodistas están obligados a respetar ciertos límites en el ejercicio de su profesión, entre los que se encuentran en un lugar destacado la presunción de inocencia en las narraciones que hicieran sobre procesos penales²⁸⁹. Una doctrina similar se aprecia en el caso *A. vs. Noruega*²⁹⁰, donde algunas publicaciones sindicaban como autor de los delitos de violación y asesinato de dos menores, a un testigo con antecedentes penales. El afectado, luego de que su inocencia fuera acreditada, demandó por perjuicios, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue claro en reiterar el carácter procesal de la presunción de inocencia, descartando la vulneración. Sin embargo, señaló que podía apreciarse una tensión entre los derechos a la información y al honor, la que podía ser resuelta mediante un adecuado ejercicio de ponderación. Asimismo, señaló que la forma en que la

obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información veraz, una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata”.

²⁸⁷ *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

²⁸⁸ STC 28/1996, FJ 3. Este tema se trata con más detención al analizar la libertad de información y el requisito de veracidad.

²⁸⁹ CEDH N° 34000/96, *Roy et Malarie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, párrafo 34. Ya en el caso CEDH N° 22714/93, *Worm v. Austria*, de 29 de agosto de 1997, el Gobierno justificaba la restricción a la libertad de expresión en la presunción de inocencia (párrafos 41 y 42), aunque en ese caso el Tribunal resolvió el caso considerando innecesario referirse a este punto.

²⁹⁰ CEDH N° 28070/06, *A. v. Noruega*, de 9 de Abril de 2009, párrafo 55.

noticia había sido presentada, podía hacer parecer al afectado como sospechoso del crimen, utilizando el criterio de un “lector ordinario”, y que el acoso periodístico y las referencias realizadas afectaban su proceso de rehabilitación y reinserción social (el afectado debió abandonar su trabajo y su hogar).

La Recomendación (2003)¹³ sobre divulgación de información a través de los medios de comunicación respecto a procedimientos, señala en su principio 8 que “la divulgación de información sobre personas sospechosas, acusadas o condenadas o sobre otras partes implicadas en procedimientos penales deberá respetar su derecho a la protección de la privacidad conforme al artículo 8 (Repertorio Cronológico de legislación 1999, 1190-1) del Convenio”.

Asimismo, en el Código Deontológico de la Federación de Asociaciones de Prensa de España se indica que “el periodista debe asumir el principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y evitar al máximo las posibles consecuencias dañosas derivadas del cumplimiento de sus deberes informativos. Tales criterios son especialmente exigibles cuando la información verse sobre temas sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. El periodista deberá evitar nombrar en sus informaciones a los familiares y amigos de personas acusadas o condenadas por un delito, salvo que la mención resulte necesaria para que la información sea completa y equitativa. Se evitará nombrar a las víctimas de un delito, así como la publicación de material que pueda contribuir a su identificación, actuando con especial diligencia cuando se trate de delitos contra la libertad sexual”²⁹¹.

La presunción de inocencia garantiza que el imputado será tratado como inocente y será absuelto si ante el único órgano constitucionalmente capacitado para hacerlo, el tribunal competente, no se prueba su culpabilidad. Antes de la condena, el imputado no merece “el reproche añadido que supone la divulgación de continuos prejuicios de criminalidad”. Por ello, la prensa no tiene el derecho de declarar la “culpabilidad real” al margen del proceso judicial. Ello supondría “despreciar la racionalidad de los derecho y las garantías del justiciable y compromete valores que son esenciales en toda sociedad democrática, como la independencia e imparcialidad de los tribunales o la legalidad del proceso”²⁹².

3.5.3.5.- Medidas específicas que suponen un juicio de ponderación realizado en sede legislativa

Algunos países han adoptado especiales medidas legales para la protección de la presunción de inocencia más allá del proceso. En Francia, por ejemplo, el 15 de junio del año 2000 una reforma introdujo una norma sanciona con multa la publicación realizada sin el consentimiento expreso del interesado, haciendo irrelevante la invocación del interés público del asunto informado²⁹³. La Corte de

²⁹¹ Aprobado en Asamblea Ordinaria celebrada en Sevilla el día 27 de noviembre de 1993, Principio 5.

²⁹² Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2, p. 48 (por ambas citas).

²⁹³ Art. 35 ter. –I.- (Artículo 9-1 del Código Civil francés. Acto No 2000-516 de 15 Junio 2000). La difusión efectuada sin la autorización del interesado, por cualquier medio que sea y cualquiera sea el soporte, de una imagen de una persona sujeta a investigación identificada o identificable, en un proceso penal, no siendo aún objeto de una decisión judicial, y haciendo aparecer a esta

Casación ha señalado que existe un atentado a la presunción de inocencia “(...) desde que un artículo contiene conclusiones definitivas, que manifiestan un claro prejuicio de culpabilidad respecto a una persona”,²⁹⁴ y “sólo una condena penal irrevocable que no sea objeto de recurso alguno, puede hacer desaparecer el derecho al respeto de la presunción de inocencia”²⁹⁵.

En virtud de estas normas, por ejemplo, el entonces ministro del interior del Gobierno de Sarkozy fue condenado varias veces por el Tribunal de la Gran Instancia de París (TGI-Paris) por vulnerar la presunción de inocencia al presentar y señalar ante la prensa, y antes del juicio, a determinadas personas como culpables²⁹⁶.

Estas normas podrían generar una tensión con la libertad de expresión e información. De hecho, BOURGORGE–LARSEN señala que aunque no existen muchos casos franceses ante la Corte Europea de Derechos Humanos que muestren un conflicto entre presunción de inocencia y libertad de información, pero entre los que ella analiza, “sólo uno, valora la presunción de inocencia de forma preferente (...) en el cual un director del periódico y el periodista autor del artículo fueron condenados por publicar un artículo acerca de dos menores que habían matado a otro menor. El artículo, que salió a la luz durante la instrucción del caso tomaba claramente posición a favor de uno de los 2 acusados menores, culpando al otro del homicidio (...) la Corte Europea de Derechos Humanos les sancionó porque dado el momento en el que se produjo la publicación, pudo ser susceptible de condicionar la opinión del tribunal, afectando su imparcialidad”²⁹⁷.

persona con esposas, sea que haya sido puesta en detención provisoria, será sancionada con una multa de 15.000 euros.

II. – Será sancionado con la misma pena:

- El hecho de hacer, publicar o comentar un sondeo de opinión, o toda otra consulta, acerca de la culpabilidad de una persona objeto de investigación penal o a punto de ser pronunciada la sentencia;

- El hecho de publicar indicaciones que permitan tener acceso a sondeos o consultas señaladas en el párrafo precedente.

²⁹⁴ Corte de Casación, Sala Civil, 12 de julio de 2001.

²⁹⁵ Corte de Casación, Sala Civil, 12 de noviembre de 1998, Bull n° 313. La Segunda sala Civil de la Corte de Casación, en un fallo de fecha 8 de marzo de 2001, añadió que “(...) los abusos de la libertad de expresión establecidos en la Ley de 29 de julio de 1881 o por el artículo 9-1 del Código Civil, no podían ser juzgados en virtud del artículo 1382 del código civil.” Esto es luego confirmado por el fallo de fecha 8 de julio de 2004, que admitió la acumulación de recurso por difamación y presunción de inocencia, en razón de los mismo hechos, señalando que “(...) los abusos de la libertad de expresión previsto por la Ley de 29 de julio de 1881 que atentan al respeto de la presunción de inocencia, pueden ser reparados sobre la base del artículo 9-1 del Código Civil”. Un aspecto relevante en este asunto es el de la prescripción, pues según el artículo 65-1 las acciones civiles prescriben al cabo de 3 meses a partir del día del acto de publicidad. La Corte de Casación, mediante fallo de fecha 4 de diciembre de 1996 (Corte de Casación, Sala civil, Bull. N° 279) censuró a la Corte de Apelaciones por haber aplicado esta norma, pero luego ha buscado unificar ambos criterios.

²⁹⁶ Laurence BOURGORGE – LARSEN, “*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*» (Ponencia “El dilema al derecho de la presunción de inocencia v. Derecho a la información en otros países de nuestro entorno”), Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 177. Según esta autora, ello sería una muestra de que la presunción de inocencia debe ser respetada por todos, aunque bien podría entenderse en un sentido contrario: fue aplicada a Sarkozy por ser un funcionario público, pero no puede extenderse al ámbito de los privados.

²⁹⁷ Ibid., p. 177-178.

3.5.3.6.- Imprudencia de la protección de la presunción de inocencia por la vía del derecho a la imagen

El reciente reconocimiento del derecho a la propia imagen concede a las personas una mayor protección sobre la misma. Pero ella ha sido concebida especialmente para proteger el mal uso de imágenes con fines comerciales (modelos, rostros, etc.) y a otros rasgos distintivos como la voz, que se podrían ver afectados, perjudicados, “expropiados” en el ejercicio de un bien que se considera parte del patrimonio personal²⁹⁸.

Este derecho busca regular informaciones comerciales, por lo que no puede imponerse sobre la necesidad y el derecho de conocer asuntos de interés público. Por ello, en el caso *News Verlags GmbH & CoKG v. Austria*²⁹⁹, si bien se invocó en las cortes nacionales el derecho a la imagen (existía una norma específica que lo permitía), este argumento no fue utilizado posteriormente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues no tenía asidero alguno.

De este modo, si la prensa hubiera decidido publicar la fotografía de la Princesa Diana mientras agonizaba entre los hierros retorcidos del coche en el que viajaba al momento de estrellarse en un túnel de París, tal circunstancia hubiera constituido una interferencia indebida no solamente con el derecho a la imagen de la Princesa, sino que con muchos otros (intimidad, vida privada, decencia pública en aquellos ordenamientos que se reconozca como un valor protegido), y con los derechos de sus familiares y herederos³⁰⁰.

Pero sin duda habrá informaciones donde la línea divisoria será difícil de determinar, dada la intensidad del interés público involucrado. Podemos pensar por ejemplo en los momentos decisivos de todo proceso militar o policial, o cualquiera cuya influencia sobre una comunidad sea gravitante (muerte y exequias de Osama Bin Laden, Michael Jackson en la ambulancia, Hugo Chávez en el Hospital, etc., siempre que ellas no afecten la esencia de otros derechos también protegidos).

IV.- Limitaciones a la publicidad de las sentencias o de asuntos vinculados al proceso y a las partes fundadas en el “derecho al olvido”.

La proliferación de mecanismos de registro y conservación de datos y el acceso a la información contenida en ellos en forma masiva, simplificada y económica ofrecida por las nuevas tecnologías, ha levantado un creciente interés sobre las medidas legales que pueden adoptarse para controlar y limitar la divulgación de hechos y circunstancias del pasado, en la medida que ellas puedan condicionar negativamente el accionar actual de una persona. Incluso se ha sugerido que ello

²⁹⁸ *Flake v. Greensboro News Co.*, 195 S.E. 55, 64 (N.C. 1938).

²⁹⁹ CEDH N° 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, del 11 de enero de 2000, párrafos 16, 18, 20, 21 y 45.

³⁰⁰ Ver STC 231/1988.

debería lograrse por la vía de un derecho específico, de carácter fundamental, al que se ha denominado el “derecho al olvido”³⁰¹, y que va mucho más allá de su ámbito clásico y originario, típicamente vinculado a la actividad judicial: publicidad de hechos del pasado que podían afectar la imparcialidad del juzgador, sentencias e informaciones relativas a procesos que al ser publicadas con significativa posterioridad a los hechos afectaban a las personas y hacían absurdo el derecho a la resocialización, publicación de nombres de víctimas y otros afectados, generando una situación de victimización secundaria.

Por otra parte, también ha contribuido al debate sobre este derecho el reclamo judicial presentado por la Agencia Española de Protección de Datos contra la empresa Google, cuestionando la facilitación de acceso a la información pasada de una persona que lograda por su conocido motor de búsqueda. En lo sustancial, el caso fue fallado el 13 de mayo de 2014 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que reconoció el derecho de las personas a ejercer su derecho al olvido frente a la información a la que se accede por la vía de los buscadores de internet se originaba precisamente en la información relativa a un asunto judicial acaecido más de 10 años atrás y que gracias al buscador era ofrecido a cualquier que pusiera el nombre del afectado en el motor de búsqueda³⁰².

³⁰¹ La Directiva Europea 95/96 se refiere al “derecho fundamental a la protección de datos” y es el antecedente inmediato del derecho al olvido a que se refiere el artículo 17 de la propuesta de Reglamento de Protección de Datos Personales de la UE. Cabe señalar que en la última versión de la propuesta, aprobada el 21 de Octubre de 2013 por el Parlamento Europeo, se eliminó la expresión “derecho al olvido”, manteniendo el borrado de datos y el resto del artículo básicamente idéntico. En este trabajo hemos resaltado el hecho que haya aparecido más que su reciente exclusión, porque el debate sobre la materia no se entiende sin esta expresión, porque es probable que vuelva a ser introducida en otras instancias, y porque en el fondo no se han cambiado los derechos subjetivos a que este nuevo derecho daría lugar.

A nivel doctrinario, también se habla de un nuevo derecho fundamental. Por ejemplo, ORZA señala que esta problemática recuerda “la vigencia del debate sobre la necesidad de incorporar al orden jurídico nuevos derechos de carácter fundamental”. Ramón M. ORZA LINARES, *“Derechos Fundamentales e Internet: Nuevos Problemas, Nuevos Retos”*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, Año 9, Núm. 18 (2012), en sus conclusiones. En los últimos años, el “derecho al olvido” ha cobrado especial interés producto de la incorporación expresa del mismo como un derecho subjetivo en la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea. Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea (2012), artículo 17.

³⁰² El caso en cuestión es desarrollado brevemente más adelante. Se origina por el reclamo presentado por un ciudadano español afectado por la reciente indexación de la información contenida en un periódico, referida a un remate por deudas impagas sucedido el año 1998, que por medio de Google hoy resulta accesible a toda persona que buscara su nombre. Fue resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJUE) de 13 de mayo de 2014, dictado por la gran sala y recaída en el asunto C- 131/12, planteado por la Audiencia Nacional, mediante auto de 27 de febrero de 2012, en el procedimiento entre Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

El impacto del fallo del TCE fue global, como puede verse en los siguientes links:

España: <http://www.abc.es/tecnologia/redes/20140513/abci-derecho-olvido-google-costeja-201405130850.html>; <http://www.elpais.com.uy/vida-actual/tribunal-respalda-derecho-olvido-internet.html>;

Argentina: <http://www.lanacion.com.ar/1690239-europa-reconoce-el-derecho-al-olvido-en-internet>;

Por ello, debe sostenerse que la problemática jurídica en torno al “derecho al olvido” no es nueva, y que corresponde a una forma normativa o simplemente doctrinaria o didáctica utilizada para describir una serie de situaciones que implican límites a la libertad de expresión e información con el propósito de proteger otros derechos (honra, intimidad, privacidad, derecho a la resocialización, protección de la autonomía personal, protección de las normas de un juicio justo, entre otras), dentro de un contexto de un juicio de ponderación o balanceo³⁰³.

De esta manera, el “derecho al olvido” puede comprenderse como la respuesta nacida de una situación de conflicto -aparente o real- entre dos pretensiones incompatibles, fundadas en base constitucional, donde el derecho a la libertad de expresión o información queda limitado frente a otro derecho, permitiendo la restricción al acceso y/o a la divulgación de cierta información, en atención al mayor beneficio, relevancia o peso que en el caso concreto supone proteger estos derechos.

En todas estas situaciones, el elemento “temporal” cobra una especial importancia y es lo que caracteriza a este derecho, distinguiéndolo de otros ejercicios de ponderación que también imponen límites o contornos específicos a la libertad de expresión³⁰⁴.

La discusión política y prudencial respecto de la conveniencia o inconveniencia de describir y normativizar el “derecho al olvido” en forma autónoma es un asunto completamente distinto. Para ello, puede observarse, por ejemplo, el desarrollo dado a la libertad de información, que siendo una forma específica de libertad de expresión, ha sido incorporado a numerosas legislaciones e incluso a algunos textos constitucionales como un derecho específico y diferenciado. Lo mismo puede decirse respecto de la incorporación a textos positivos de algunos criterios de restricción y balanceo específicos, como puede observarse en el artículo 10.2 de del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la libertad de expresión y sus límites.

En los dos casos señalados, se han positivado criterios ya existentes en el sistema jurídico, por lo que podría sostenerse que su incorporación ha sido redundante e innecesaria. Y pese a que en cierta medida lo es, su inclusión en textos de rango legal acarrea una serie de beneficios operativos: permite reducir y ordenar el debate, establece criterios claros y objetivos, realza ciertos objetos de protección, confirma los supuestos en el tipo de lógica en que el sistema de derechos debe ser interpretado, explicita su contenido y operatividad, entre otras³⁰⁵.

Chile: <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2014/05/15/660332/google-ya-ha-recibido-peticiones-para-borrar-resultados-de-busqueda-tras-fallo-en-europa.html>;

Perú: http://www.rpp.com.pe/2014-05-16--que-es-el-derecho-al-olvido-en-internet-noticia_692641.html; entre otros.

³⁰³ No nos extenderemos sobre la legitimidad de un juicio de balanceo realizado entre normas concebidos como principios (y los derechos constitucionales o fundamentales lo serían), por ser la técnica utilizada por la gran mayoría de los órganos jurisdiccionales con competencia en estas materias y la posición dominante en la doctrina contemporánea.

³⁰⁴ Patrizia PALERMO, “*Diffamazione e diritto all’oblio: equilibrio “elastico” tra tutela penale dell’onore e diritto di cronaca giudiziaria*”, Revista Penale, Vol. 136 (2010), p. 279.

³⁰⁵ ROLLA señala además que la tendencia a la especificación de los derechos es un rasgo propio del Constitucionalismo contemporáneo. Giancarlo ROLLA, “*El Difícil Equilibrio entre el*

En el caso particular de los datos personales y el mundo digital, parece haber buenas razones prácticas y prudenciales para promover una reglamentación específica que permita a los afectados corregir las situaciones que los afectan y hacer uso de sus derechos en forma clara y simplificada. Esta reglamentación generalmente será independiente y complementaria a la regulación que un juez pueda hacer de un caso concreto luego de un largo debate jurídico que considere los preceptos generales de carácter iusfundamental y las normativas legales (que a su vez especifican el contenido de los derechos y orientan al juez en su interpretación).

Por el contrario, las situaciones clásicas vinculadas al “derecho al olvido”, en general han mostrado su capacidad para ser absorbidas en forma razonablemente satisfactoria en base a un sistema de principios y derechos fundamentales, interpretado en sede judicial.

Las soluciones dadas en estas materias son altamente tributarias de las tradiciones culturales y jurídicas, por lo que su desarrollo e incorporación efectiva será muy variable. Para expresarnos con mayor claridad: la comprensión de la libertad de expresión y del derecho a la privacidad en Estados Unidos y en Europa difiere lo suficiente como para augurar un mayor desarrollo del derecho al olvido en los países del viejo continente³⁰⁶, lo que generará un problema permanente en una serie de situaciones³⁰⁷.

La valorización de la dignidad humana y de los derechos de la personalidad como los elementos estructurales del ordenamiento jurídico ha sido uno de los rasgos más distintivos de los procesos de constitucionalización del derecho desarrollados desde la segunda mitad del siglo pasado, principalmente en Europa³⁰⁸, y que muchos autores han descrito bajo el nombre de “neoconstitucionalismo”³⁰⁹.

Derecho a la Información y la Tutela de la Dignidad y la Vida Privada. Breves Consideraciones a la Luz de la Experiencia Italiana”, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 7 (2002), pp. 139-167.

³⁰⁶ En este sentido, nuestro análisis nos permitiría adelantar que Francia sería el país donde la protección de este derecho se encuentra más avanzado (la propia expresión “derecho al olvido” es de cuño francés), mientras EE.UU. sería donde presenta un espacio más reducido, producto del énfasis dado a la primera enmienda y el amplio alcance dado al concepto de “interés público informativo” frente a la privacidad. Por ello, ROSEN dice que “europeos y americanos tienen una aproximación diametralmente opuesta frente a este problema”. En un sentido similar, Franz WERRO, *“The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash”*, Liability in the Third Millennium (Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Leslie Jane Smith, eds., Baden-Baden, F.R.G.), May 8, 2009, Georgetown Public Law Research Paper No. 2 (2009), pp. 285-300; y Steven C. BENNETT, *“The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives”*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 30, Issue 1 (2012), pp. 161-195.

³⁰⁷ Un claro ejemplo de ello es la situación de algunos gigantes de internet (Google, Facebook) que funcionan a nivel global pero se encuentran basados en EE.UU.

³⁰⁸ Se ha dicho que la Constitución Alemana constituye “el inicio de una nueva fase del constitucionalismo en Europa”. Tomás De DOMINGO, *“La Drittwirkung de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa al Conflictivismo”*, en Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas, Tomás De DOMINGO y Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE (ed.), Comares, Granada (2011), p. 108 (citando a FIORAVANTI, NEIRA, y ALONSO (1996), ob. cit., nota 2, pp. 127-134).

Con ello se ha logrado dotar a los derechos fundamentales una fuerza y una validez que nunca antes habían tenido, haciéndolos “resistentes frente a cualquier intento de relativización”. Una prueba de ello sería la cláusula de garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales hoy está presente en buena parte de las Constituciones Europeas. Tomás De DOMINGO, *“El*

Bajo esta realidad jurídica se reconoce a cada persona un trato acorde a su “dignidad intrínseca”, es decir, más allá de su posición social, méritos y conductas, y se encomienda al Estado asumir un rol comprometido y activo en la materialización efectiva de los objetivos constitucionales³¹⁰.

Este planteamiento ha sido acompañado por la inclusión en textos normativos de máximo nivel (típicamente Constituciones y Tratados Internacionales) de derechos fundamentales que sirven de guía y criterio de legitimidad para todos los actos del Estado, y que por la vía de la interpretación judicial y legislativa impregnan a todo el ordenamiento jurídico.

Lo anterior ha obligado a considerar y balancear intereses contrapuestos, que en el caso que nos ocupa incluyen, por un lado, el derecho del individuo a vivir sin interferencias injustificadas que limiten sus derechos, su autonomía y sus posibilidades de desarrollo; y por otro, la resistencia que debe existir ante la demanda de limitar la libertad de expresión e información, atendido su rol fundamental en una sociedad democrática, especialmente notorio cuando se refiere a materias de interés público³¹¹.

Si a estos cambios sumamos los desafíos asociados a los nuevos adelantos tecnológicos, deberemos reconsiderar una serie de situaciones constitucionales, como por ejemplo la relación que debe darse entre privacidad y publicidad, la posibilidad de mantener en el tiempo el interés público informativo de un hecho, la responsabilidad que debe asumir cada persona por su propio pasado, el rol de

Problema de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. 1, No. 1 (2006), p. 300. Sobre este punto sugiere consultar adicionalmente la obra de Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, “*La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (1997).

³⁰⁹ A modo de ejemplo, ver Eduardo ALDUNATE LIZANA, “*Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo*”, Revista de Derecho (Valdivia) 23, No. 1 (2010), pp. 79-102; Carlos BERNAL PULIDO, “*Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo*”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid (2007), pp. 289-326; Paolo COMANDUCCI, “*Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*”, Isonomía, No. 16 (2002), pp. 89-112; Riccardo GUASTINI, “*Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*”, Trotta, Madrid (2010); Susanna POZZOLO, “*Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*”, Doxa No. 21, Vol. 2 (1998), pp. 339-353; y Luis PRIETO SANCHÍS, “*Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid (2003).

³¹⁰ La referencia a la “dignidad humana” como eje central del ordenamiento jurídico y constitucional puede encontrarse en numerosos textos legales y constitucionales. Por ejemplo, en el artículo 1 de la Constitución Alemana de 1949, en el artículo 10 de la Constitución Española de 1978, en los artículos 2 y 3 de la Constitución Italiana de 1947, el artículo 1 de la Constitución Portuguesa de 1976). Una de las expresiones más elocuentes en este sentido parece ser la famosa expresión del preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que señala que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho”.

³¹¹ Cabe recordar que este paradigma también significó el cambio de lógica frente a los actos de gobierno, desde las históricas prácticas de opacidad y secreto hacia un criterio de máxima publicidad, con el objeto de favorecer el escrutinio público de los mismos, y el debate y participación democrática.

los informadores y prestadores de servicios informáticos, la definición de la identidad personal, privacidad y autonomía, entre otras³¹².

En un sistema jurídico construido sobre la base del respeto de la dignidad humana y la protección de la autonomía personal entendida como el derecho de cada persona a construir libremente su propia vida sin interferencias externas ilegítimas, “memoria” y “recuerdo” presentan una doble faz.

Por un lado son elementos esenciales de la civilización, la democracia, la cultura y la propia existencia humana, y resultan fundamentales para el desarrollo individual y colectivo.

Pero al mismo tiempo, una memoria absoluta e irreductible frente al advenimiento de nuevas realidades, que se ancla en el pasado antes que en el tiempo presente, puede también plantear aspectos negativos y provocar daños y restricciones a la vida social e individual de diverso tipo.

Si lo dicho recién fuera correcto (que el reiterado recuerdo de los hechos cometidos en el pasado tuviera una cierta capacidad restrictiva, estigmatizante, y dañina para el desarrollo), la adopción de medidas que minimicen estos efectos parecería razonable, al menos en el plano comunicativo externo (el recuerdo como hecho psicológico interno no podría ser regulado ni sancionado). Por ello, cuando el recuerdo de un hecho gravoso para un individuo tiene como destinatario un grupo colectivo, corresponderá al Estado y al ordenamiento jurídico, generalmente por vía legislativa y judicial, enfrentar la situación, siempre dentro de la lógica de un adecuado balance de los bienes jurídicos involucrados y de las diferentes opciones legítimas que permite todo esquema constitucional.

Algunas de las razones que fundamentan el derecho al olvido no son nuevas, y pueden encontrarse dentro de los efectos buscados por otras instituciones del derecho, permitiendo aumentar los niveles de seguridad y certeza y facilitar las relaciones, liberándolas de un excesivo peso vinculado al pasado. Pese al uso abusivo que se ha hecho de ellas en diferentes circunstancias históricas, las instituciones de la prescripción y la amnistía, por ejemplo, buscan satisfacer dichos objetivos, y pueden ser utilizados en consideración tanto de razones individuales como de necesidades sociales propias de la vida en el largo plazo, e incorporan el elemento temporal como un factor relativizador de derechos y responsabilidades³¹³. Lo mismo sucede con las normativas que regulan los registros públicos de informaciones penales y comerciales.

³¹² Massimiliano MEZZANOTTE, *"Il Diritto All'oblio. Contributo Allo Studio Della Privacy Storica"*, ed. Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Teramo, Edizioni Scientifiche Italiane (2009), pp. 63-66.

³¹³ Para algunos autores sólo la amnistía y la rehabilitación dan lugar al derecho al olvido como derecho subjetivo, más no la prescripción de la pena. *Ibid.*, p. 226 (cita N° 66).

1.- Fundamento y contenido propio del derecho al olvido.

Podemos definir el “derecho al olvido” como el fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones del pasado no sean actualmente recordadas y difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios³¹⁴. Por tanto, el derecho al olvido implica una valoración de una expresión como el ejercicio de un derecho (la libertad de expresión o información) cuyos beneficios, atendidas las circunstancias del caso, son inferiores a los daños que provoca, lo que lo vuelve un daño injustificado e ilegítimo.

En un sentido similar, PALERMO define el derecho al olvido como “aquel derecho de la personalidad vinculado al justo interés de cada persona de no quedar expuesto en forma indeterminada al daño que impone a su honor y a su reputación la reiterada publicación de una noticia legítimamente divulgada en el pasado”. Por tanto, precisa, el elemento constitutivo de este derecho consiste en que hechos que fueron o pudieron ser públicos, dado el transcurso del tiempo, vuelven al área de la privacidad o reserva.

Este elemento temporal no está presente en la comprensión clásica de la privacidad³¹⁵, aunque hay autores que ya comienzan a referirse a una “privacidad histórica”³¹⁶.

En los últimos años, la relevancia de los asuntos vinculados a la protección de datos personales ha llevado a identificar el derecho al olvido con esta manifestación específica del mismo³¹⁷. Pero su campo de acción y sus posibilidades, como veremos, son mucho más amplios.

³¹⁴ La expresión inglesa para este derecho es “the right to be forgotten”, lo que puede llevar a equívocos en este sentido, pues no consiste en un derecho a ser olvidado. A modo de ejemplo, ver Bert-Jaap KOOPS, *“Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the “Right to Be Forgotten” in Big Data Practice”*, Tilburg Law School Research Paper No. 08/2012 (2011), pp. 229-256; y el trabajo de Peter FLEISHER, *“The right to be forgotten, or how to edit your history”* (2012).

³¹⁵ Patrizia PALERMO (2010), ob. cit., nota 304, p. 279.

COSTAZ señala que el derecho al olvido tiene por objeto “asegurar la protección del pasado de un sujeto permitiéndole oponerse a la exhumación de hechos que pertenecen a un episodio de su vida que el tiempo ha vuelto secreto”. Catherine COSTAZ, *“Le droit à l’oubli”*, Gazette du Palais (1995), p. 963.

Finalmente, ROLLA entiende el “derecho al olvido” a la legítima pretensión de un individuo de no ver evocados hechos que forman parte de su experiencia pasada, sin interés público actual. Giancarlo ROLLA (2002), ob. cit., nota 305, p. 165.

³¹⁶ Ello puede verse en el título de la magnífica obra de MEZZANOTTE citada a lo largo de este trabajo: “Derecho al olvido: Una contribución al estudio de la Privacidad Histórica”. En su interior desarrolla la existencia del factor temporal de la privacidad como una de sus tesis permanentes y más importantes. Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 312.

³¹⁷ En parte esta confusión ha sido generada por la expresa mención que hace al derecho al olvido el Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea (2012), artículo 17, y el debate específico que ha generado.

A modo de ejemplos, podemos ver que Peter FLEISHER señala que el “derecho a ser olvidado” abarca un amplio espectro de posibilidades y comprensiones en cuanto a su contenido. La primera de ellas sería la de ofrecer el derecho de rectificar la data personal o el de oponerse al procesamiento de la misma cuando no hay razones que lo justifiquen o legitimen, lo que no sería nada diferente que aplicar los principios generales a las circunstancias ofrecidas por las nuevas tecnologías. Señalando que esta es la comprensión que más adecuada le parece adecuada, agrega que también puede entenderse como el derecho a borrar información ya publicada, incluso cuando su contenido sea verídica y haya sido obtenida y difundida en forma legítima. Finalmente, menciona la postura de quienes pretenden que este derecho pueda

Más allá de las crecientes propuestas normativas asociadas a la necesidad de regular el uso de datos personales, sostendremos que el derecho al olvido puede y debe ser analizado recurriendo a la lógica de los derechos fundamentales, y más concretamente, desde la lógica de los conflictos de derechos³¹⁸.

Dicho de otro modo: este “derecho de vanguardia” sólo sería una forma didáctica utilizada para justificar cierto reforzamiento de la privacidad y de otros derechos ya constitucionalmente protegidos³¹⁹, frente a la especial protección que goza la libertad de expresión e información.

ejercerse no solo contra quienes publican la información, sino contra motores de búsqueda y otros intermediarios. Las dos últimas comprensiones le merecen dudas de constitucionalidad desde la perspectiva de la libertad de expresión, por lo que debieran ameritar un debate más profundo. FLEISHER (2012), ob. cit, nota 314.

Por su parte, ORZA sostiene que el “derecho al olvido” debería entenderse “como el derecho de las personas a impedir que datos personales propios circulen *por internet* sin su consentimiento”. Ramón M. ORZA LINARES (2012), ob. cit., nota 269, apartado 4.1. La itálica es nuestra.

Un caso diferente es el de ZÁRATE, que si bien define el derecho al olvido como “un derecho a no diseminar información personal pasada que, siendo inexacta o habiendo dejado de cumplir su finalidad, es capaz de producir un daño en la persona, que motiva el ejercicio de los derechos de cancelación, rectificación y oposición”, vinculándolo así a las formas de protección de que goza actualmente la protección de datos personales, luego se refiere al mismo utilizando un lenguaje propio de los derechos fundamentales autónomos y reconocidos jurídicamente, desarrollando el “contenido esencial del derecho al olvido”. Sebastián ZÁRATE, “*La Problemática entre el Derecho al Olvido y la Libertad de Prensa*”, Revista Nueva Época, N° 13 (Marzo-Mayo 2013), p. 9.

³¹⁸ El punto 3.3 del Proyecto de Protección de Datos Personales de la Comunidad Europea señala que este derecho está estrechamente ligado “al respeto de la vida privada y familiar (...) y en particular del derecho a la intimidad”, en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Otros derechos fundamentales potencialmente afectados y consagrados en la Carta son los siguientes: la libertad de expresión (artículo 11 de la Carta); la libertad de empresa (artículo 16); el derecho a la propiedad y especialmente a la protección de la propiedad intelectual (artículo 17, apartado 2); la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de raza, orígenes étnicos, características genéticas, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, discapacidad u orientación sexual (artículo 21); los derechos del menor (artículo 24); el derecho a un alto nivel de protección de la salud humana (artículo 35); el derecho de acceso a los documentos (artículo 42); y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47).

ROLLA señala que “el problema de las relaciones entre derecho a la información, intimidad y honor no debe abordarse en el contexto de los límites al derecho a la información o a la libertad de expresión, sino que debe ser el objeto de una atenta ponderación entre derechos y valores constitucionales”. Luego añade que “la exigencia de una ponderación se plantea con frecuencia en los modernos sistemas constitucionales, dado que resulta bastante difícil que la tutela de una situación subjetiva pueda realizarse recurriendo a una sola disposición constitucional o haciendo referencia a un solo derecho. En general, para identificar la norma aplicable, resulta necesario recurrir a una ponderación de los diferentes principios en juego”. En Italia, la ley 675/96, referida a la protección de datos personales “ha dado vida a un articulado sistema de ponderación de derechos previendo una pluralidad de instrumentos jurídicos: criterios de ponderación, procedimientos para llevarla a cabo, instrumentos jurisdiccionales (juez ordinario y garantizador de la protección de los datos personales)”. Giancarlo ROLLA (2002), ob. cit., nota 305, pp. 160-162.

³¹⁹ ZÁRATE afirma que “el derecho al olvido no debe considerarse más allá de un término de fantasía para calificar un derecho a la cancelación, rectificación u oposición”. Sebastián ZÁRATE (2013), ob. cit., nota 317.

Por su parte, Peter FLEISHER ha señalado que el derecho a ser olvidado es un “exitoso slogan político” que permite una pluralidad de contenidos. FLEISHER (2012), ob. cit., nota 314.

Incluso en los casos en que este “derecho al olvido” pueda alcanzar reconocimiento normativo (a nombre propio o de otros equivalentes como “derecho al borrado de datos, rectificación u otros), ello debe entenderse como un ejercicio de ponderación entre derechos fundamentales, realizado en sede legislativa y con efectos más o menos rígidos, que facilita el trabajo judicial y que es expresión de la tendencia a la especificación de los derechos propio del constitucionalismo moderno.

Por ello, y tal como lo anticipábamos más arriba, el derecho al olvido debe entenderse como una base argumentativa de carácter ius fundamental que permite fundamentar jurídicamente el establecimiento de límites, restricciones o delimitaciones a la libertad de expresión e información, dentro de un modelo constitucional que considera el respeto de la dignidad humana como el primer fundamento y límite del ejercicio de cualquier derecho.

Esta aproximación al derecho al olvido, además de ser técnicamente correcta, nos traerá aparejadas una serie de ventajas, dado el abundante desarrollo que a nivel mundial observa este derecho, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario.

En efecto, sabemos que en los ordenamientos jurídicos modernos existe una marcada tendencia a dar una protección reforzada al ejercicio de la libertad de expresión e información, especialmente cuando este busca la difusión de informaciones que contienen elementos de interés general o público.

Dentro de la amplia gama de hechos que podría caer dentro de esta categoría, el punto más alto de protección lo alcanzaría aquel tipo de información que contribuye al desarrollo de un debate vigoroso e informado sobre asuntos de interés público³²⁰. Este elemento sería aquello que permitiría las mayores interferencias de la libertad de expresión hacia otros derechos tradicionalmente en pugna, como la privacidad o la honra³²¹.

Bajo esta concepción, la libertad de expresión ha tenido una especial resistencia a ser derrotada por otros derechos frente a un análisis ponderativo, aunque su posición de jerarquía no es absoluta, sino que obedece a un juego de balanceo dentro de prioridades o jerarquías dinámicas. Como consecuencia de ello, cuando en el ejercicio de la libertad de expresión puedan resultar afectados otros derechos y bienes jurídicamente tutelados, es necesario que haya buenas razones justificantes, que generalmente se vincularán con la necesidad de que la comunidad tenga libre acceso a informaciones y opiniones sobre asuntos de

³²⁰ Más allá de la ambigüedad del concepto de “interés público” y de la especificación que de este debe hacerse, existe consenso sobre la mayor legitimidad que caracteriza a la difusión de informaciones sobre las figuras públicas, aun cuando ello signifique afectar algunos de sus derechos. Frente a estas figuras de intimidad y privacidad disminuida, pueden establecerse a su vez diferentes gradaciones y matices, donde en un extremo – menor protección frente a la libertad de expresión e información – estarían quienes ejercen o buscan ejercer cargos de elección popular, y en el otro, los llamados personajes públicos involuntarios, pasando por los funcionarios públicos no electos que ejercen cargos de alta responsabilidad, los personajes públicos no políticos (líderes de opinión, dirigentes, etc.), los jueces, etc.

³²¹ Un buen desarrollo de este tema puede verse en *“La vida privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada”*, Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS, Legal Publishing, Thomson Reuters (2013). Lo mismo en el trabajo de Rodolfo FIGUEROA G-H, “Privacidad”, Ediciones Universidad Diego Portales, (2014).

interés general³²². En casos en que ello no ocurra, deberá privilegiarse la privacidad o el derecho afectado que se invoca por sobre la libertad de expresión.

En otras palabras, la primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, aunque estadísticamente muy significativa, supone siempre un ejercicio de ponderación ante dos o más posiciones fundadas en base iusfundamental, que resultan incompatibles entre sí en una situación concreta. En estos casos, el intérprete deberá ponderar los elementos en juego y decidir qué derecho debe primar sobre el otro, que cederá. Como veremos en las páginas que siguen, las situaciones en que se ha invocado el “derecho al olvido” bajo esta formulación son numerosas³²³.

Como hemos ya señalado, la suficiencia de la lógica de la ponderación para abordar este problema no obsta a la conveniencia de su reconocimiento como un derecho positivado y autónomo. La reglamentación legal sin duda será un mecanismo más fácil de administrar y más adecuado para situaciones masivas (típicamente la protección de datos personales en internet o los registros públicos de antecedentes penales y comerciales), aunque deberá acompañarse siempre de un activo trabajo jurisprudencial³²⁴.

2.- El objetivo resocializador de la pena como justificación del derecho al olvido

La faceta más clásica del derecho al olvido está relacionada con el pasado judicial de un individuo, especialmente en materia penal y comercial, y en Europa ha tenido una amplia y creciente aceptación³²⁵.

Si partimos de la base que la reinserción y rehabilitación del infractor son objetivos propios de la punición estatal, la publicidad y reiteración ad aeternum de los hechos delictuales y las condenas recaídas sobre ellos podría resultar claramente perjudicial para el adecuado desarrollo futuro de quienes se han

³²² A modo de ejemplo, el TCE ha sostenido en forma constante que sólo la relevancia comunitaria de la información puede justificar la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia. STC 52/2002, FJ 4.

³²³ “Cuando se trata (...) de la ponderación del derecho a la información y a la dignidad de la persona, tiende a prevalecer esta última, convirtiéndose en preeminente la preocupación por que la información no incida negativamente sobre la dignidad de la persona”. El juez constitucional ha precisado al respecto que “el de la dignidad humana es un valor constitucional que afecta por sí solo a todo el derecho positivo” (sentencia 293/2000). Giancarlo ROLLA (2002), ob. cit., nota 305, pp. 165-166.

³²⁴ Así lo ha hecho, por ejemplo, la AEPD, ya que de acuerdo a la normativa vigente el derecho a la protección de datos sólo puede ejercerse mediante los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, los que según ORZA, ha debido reinterpretar continuamente. Ramón M. ORZA LINARES (2012), ob. cit., nota 269.

³²⁵ Catherine COSTAZ (1995), ob. cit., nota 283, pp. 961 y ss.; Roseline LETTERON, “*Le droit à l’oubli*”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, Vol. 112, No 1-3 (1996), pp. 388 y ss.; y Alain STROWEL, “*Les conditions d’exercice du droit à l’oubli: liberté d’informer et droit à l’oubli*”, *Légipresse*, No 154 (1998), pp. 126 y ss. Siguiendo este criterio, la Directiva 95/46 Art. 8, párrafo 5, recomienda una protección más alta para la información sensible, como por ejemplo las condenas penales e infraccionales, a las que pueden agregarse incluso algunas de carácter civil o administrativo.

equivocado (criminalización secundaria)³²⁶, justificando la restricción de dicha publicidad³²⁷.

En el constitucionalismo moderno, este objetivo de la pena ha sido especialmente valorado, por lo que podría sostenerse que incluso en aquellos ordenamientos donde no se encuentra expresamente señalado, podría formar parte del “contenido constitucional implícito”, y bajo esa fórmula debería ser igualmente respetado³²⁸.

En el contexto europeo, existe abundante material jurisprudencial que se pronuncia en este sentido.

Por ejemplo, en el caso *A. v. Noruega*³²⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la forma en que la noticia había sido presentada, podía hacer parecer al afectado como sospechoso del crimen, utilizando el criterio de un “lector ordinario” en el ejercicio de ponderación correspondiente³³⁰. La Corte

³²⁶ La publicidad permanente de las decisiones judiciales opera como una suerte de “pena complementaria perpetua”. Emmanuel LESUEUR DE GIVRY, *“La question de l’anonymisation des décisions de Justice”* (2001).

El pasado no puede condicionar indefinidamente la vida de una persona, pues la propia condición humana supone un cierto “derecho a equivocarse” y un “derecho a rehabilitarse”, “a cambiar” y a “volver a empezar”. La publicidad reiterada afectará a una serie de garantías constitucionales, que van desde el honor hasta el derecho a realizar actividades económicas y laborales. Pere SIMÓN CASTELLANO, *“El Carácter Relativo del Derecho al Olvido en la Red y su relación con otros Derechos, Garantías e Intereses Legítimos”*, Ponencia Presentada en el Congreso Libertad, Transparencia y Política en Internet: Ejercicio, Amenazas y Garantías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2012 (pendiente de publicación) (citado por Ramón M. ORZA LINARES (2012), ob. cit., nota 269).

³²⁷ A nuestro entender, el derecho al olvido alcanza tanto a condenas realmente cumplidas como a las acciones prescritas. Aunque este punto particular no es pacífico, existe una relación entre la prescripción extintiva de la pena y el objetivo de resocialización desde el momento en que el autor de un delito puede haber cambiado mucho con el paso de los años, aún si la pena no se ha aplica. Sostener lo contrario sería manifestar una confianza excesiva y sobretodo exclusiva en la capacidad resocializadora de la pena. Aunque el tema ciertamente amerita un análisis mucho más profundo y matizado, podría sostenerse que la resocialización punitiva sólo tiene sentido si opera con proximidad temporal a los hechos sancionados. “Ejercitable eternamente, el legítimo derecho de punir terminaría por expropiar las más comunes elecciones existenciales, como sanción ulterior e incluso más invasiva que aquella prevista por el propio delito cometido”. Esta es también la razón del derecho al olvido, cuyo rol es el de tutelar el ejercicio de la libertad de elegir la forma de vida libremente, contra el control público y la reprobación social, es un medio para reconstituir la dimensión social del individuo, evitando que la vida pasada pueda constituir un obstáculo para la vida presente. Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 312, p. 121.

³²⁸ El principio de la resocialización del delincuente como objetivo de la punición penal es, a nuestro juicio, inherente al respeto por la dignidad humana, por lo que su vigencia debe ser universal, aún cuando no se mencione en forma expresa, por lo que podría considerarse una cláusula implícita en cualquier constitución moderna. En algunos países, la resocialización e inserción del delincuente es un objetivo constitucional (artículo 27.3 de la Constitución Italiana).

³²⁹ CEDH N° 28070/06, *A. v. Noruega*, de 9 de julio de 2009, originado por las alusiones realizadas por ciertos medios de comunicación a un testigo, previamente condenado a 16 años de prisión por homicidio, que lo identificaban como autor de un delito de violación y asesinato de dos menores, del que luego fue declarado inocente.

³³⁰ Para ello, entre otros factores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró la Recomendación 13 (2003) (principio 8) sobre divulgación de información a través de los medios de comunicación respecto a procedimientos, que señala: “La divulgación de información sobre

de Estrasburgo también consideró que el acoso periodístico y las referencias realizadas afectaban su proceso de rehabilitación y reinserción social (el afectado debió abandonar su trabajo y su hogar), señalando que la conducta de los medios había sido ilegítima.

El Tribunal Constitucional Alemán también ha utilizado criterios semejantes. Por ejemplo, en el caso *Lebach*³³¹, un condenado a punto de salir en libertad solicitó y recibió protección contra la emisión de un programa televisivo en que se haría referencia a su caso, a su imagen y a sus tendencias homosexuales, señalando que ello afectaba su reinserción³³². La Corte de Casación Italiana tuvo una postura idéntica frente a la supuesta participación de un sujeto en hechos de mafia, ampliamente publicitada 6 años atrás, y de los cuales había sido declarado inocente³³³.

En España, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que sólo un interés noticiable muy cualificado puede legitimar la difusión de antecedentes penales de una persona al amparo del ejercicio del derecho de información³³⁴. Asimismo, el Tribunal Supremo consideró que los antecedentes de una persona absuelta no están protegidos por la libertad de información³³⁵.

En el caso llamado “*Crimen de la Rivera*”, la afectada alegó que la vinculación realizada por la prensa o periódicos entre un proceso penal actual y otro antiguo de la que ella fue víctima (inducción a la prostitución, cuando ella tenía 14 años), vulneraba su derecho al honor “al vincularla a una actividad socialmente reprobada, que proyecta sobre su persona un juicio negativo, agravándose tal vulneración al publicarse detalles, innecesarios e irrelevantes para el interés público propio de la información sobre la muerte que se imputó al padre de la recurrente, y que constituía la noticia principal, tales como haber estado enamorada de uno de los inductores a la prostitución y el precio de los servicios sexuales prestados, que confieren a la noticia un matiz injurioso, denigrante, desproporcionado y morboso (...) aunque no se hubiese publicado su nombre y apellidos ni divulgado su imagen, resultaba perfectamente identificable a partir de los datos proporcionados en las noticias combatidas -el nombre, los apellidos y las fotografías del padre y la edad de la hija-, así como la localización de los hechos, tratándose de una pequeña población de la provincia”³³⁶.

personas sospechosas, acusadas o condenadas o sobre otras partes implicadas en procedimientos penales deberá respetar su derecho a la protección de la privacidad conforme al artículo 8 (RCL 1999, 1190-1) del Convenio”.

³³¹ BVerfGE 35, 2002, 1973.

³³² Vicente J. NAVARRO MARCHANTE, “El Derecho a la Información Audiovisual de los Juicios”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2011), p. 141 (nota 139, citando a Xabier O’CALLAGHAN, “*Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen*”, Edersa, Madrid (1991), p. 106).

³³³ Sentencia de la Corte de Casación Italiana, N° 3679, de 9 de abril de 1998.

³³⁴ STC 52/2002, se estimó que la publicidad mediática dada a los antecedentes penales de una persona por una violación acaecida hace doce años, y por un arresto menor, eran superfluas e innecesarias, dado que la noticia fundamental se había centrado en descartar su participación en el doble crimen (homicidio). Añadir aquellas referencias, que afectan a su probidad, reputación y dignidad personal, era innecesario. La Audiencia Provincial y el Juzgado de Primera Instancia sostenían lo contrario.

³³⁵ STS de 16 de enero de 1986.

³³⁶ STC 121/2002, FJ 2.

Sin embargo, GÓMEZ BERMÚDEZ y BENI UZÁBAL señalan que lo anterior dista mucho de constituir la regla general, ya que “ciertos tribunales consideran que el hecho de que el acusado haya sido condenado con anterioridad o su condición de personaje público, en el más amplio sentido del término, es suficiente para considerar que su imagen puede ser ofrecida a través de los medios sin menoscabar sus derechos, mientras que otros estiman que debe ser siempre consultado y su decisión respetada. En el punto intermedio se encuentran los casos en que el tribunal estima que la difusión pública de la imagen del acusado puede aumentar desproporcionadamente los perjuicios de someterse a un proceso...y establecen medidas restrictivas como la desfiguración del rostro y voz u otras similares”³³⁷.

En Italia, este criterio ha sido más fácilmente aceptado pues el artículo 27.3 de la Constitución se refiere al objetivo reeducativo y resocializador de la pena, el que debe vincularse con la necesidad de la misma de respetar la dignidad humana³³⁸.

Siguiendo esta línea, el Tribunal de Roma cuestionó en 1995 la publicación de ediciones anteriores de un periódico, con fines promocionales, incluyendo la confesión de un grave delito por parte de una persona (1961), que se individualizaba. Producto de la publicación, el afectado, que había cumplido su pena y recibido una medida de gracia, perdió su trabajo y fue objeto de desconfianza por su entorno, en circunstancias que la falta de interés actual de la noticia era evidente³³⁹.

Fundado en lo anterior, la Recomendación 13 (2003) del Consejo de Europa establece, en su principio número dieciocho, que los reportajes realizados por los medios de comunicación sobre el seguimiento de la ejecución de penas, con el fin de no causar un perjuicio a la reinserción en la sociedad de las personas que han cumplido una condena, deben respetar su derecho a la vida privada. Esto incluye el derecho a proteger su identidad en relación con el delito cometido anteriormente una vez que han cumplido su condena, salvo que consintieran explícitamente la divulgación de su identidad o cuando estas personas y el delito que cometieron se hubieran convertido en un asunto de interés público³⁴⁰.

3.- El debido proceso y la imparcialidad del juzgador como fundamentos del derecho al olvido

El derecho a ser juzgado en un proceso con garantías, o derecho a un juicio justo o debido proceso, depende de una serie de factores.

³³⁷ Javier GÓMEZ BERMÚDEZ, y Elisa BENI UZÁBAL, *“Levantando el Velo. Manual de Periodismo Judicial”*, Editorial Dossat, Madrid (2006), p. 270.

³³⁸ Por ello la prescripción está establecida sobre todo como garantía del individuo antes que del ordenamiento penal. Patrizia PALERMO (2010), ob. cit., nota 304, p. 280.

³³⁹ Ídem (haciendo referencia a la sentencia del Tribunal de Roma de 15 de Mayo de 1995).

³⁴⁰ En el mismo sentido Antonio NARVAEZ RODRÍGUEZ, *“La Administración de Justicia y los Medios de Comunicación en una Sociedad Democrática”*, Administración de Justicia y Medios de Comunicación, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal IV, Madrid (2002), p. 50; y Pilar OTERO GONZALEZ, *“Medios de Tutela ante los Juicios Paralelos durante la Fase del Juicio Oral”*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LIII (2000), p. 246. En contra, la STS de 30 de diciembre de 1989.

El más importante de ellos es la imparcialidad judicial, que tiene tanto una vertiente objetiva (ausencia real de vínculos y prejuicios relevantes por parte del juzgador frente a las partes e intereses en juego), como otra objetiva (que el juzgador pueda ser apreciado por la sociedad como un juez imparcial, de acuerdo a sus circunstancias).

La excesiva publicidad dada a ciertos antecedentes de una persona, podría afectar, al menos, a la imparcialidad entendida como “confianza” o “autoridad judicial”. E incluso, se sostiene podría afectar al menos a aquellos jueces con menor preparación y experiencia, como por ejemplo, los jurados.

Por lo anterior, se permite tomar una serie de medidas que suponen la supresión, transitoria o permanente, de la posibilidad de recordar ciertos hechos frente a un proceso judicial en curso, especialmente cuando ellas obedecen a campañas mediáticas más o menos orquestadas (juicios paralelos)³⁴¹.

La jurisprudencia relativa a esta materia es abundante. Una de las más conocidas corresponde a “*Nebraska Press Assn. v. Stuart*”, donde se prohibió a la prensa difundir las confesiones anteriores de los acusados en un juicio por asesinato múltiple altamente publicitado, para proteger el desarrollo del juicio y la imparcialidad de los juzgadores³⁴².

4.- La protección de las víctimas como fundamento del derecho al olvido

Demás esta mencionar el alto interés existente en que la víctima de un delito no se vea permanentemente asociada al ultraje que la ha afectado (victimización secundaria). Frente a esta situación, el derecho al olvido tendrá una fundamentación especialmente fuerte.

En EE.UU. la extensión dada a la libertad de expresión permite sostener un criterio opuesto, afectando incluso a víctimas de violación³⁴³.

³⁴¹ El TCE ha señalado que: “la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación” (STC 136/1999, FJ 8, utilizando una expresión que proviene del AC 195 de 1991, FJ 6). En el mismo sentido, entre otros, la STC 187/1999, FJ 10, y la Declaración del Pleno del CGPJ, de 25 de Enero de 1995.

Existe también abundante doctrina al respecto. Por ejemplo, Emilio CORTÉS BECHIARELLI (2003), ob. cit., nota 19; Ángel JUANES PECES (2012), ob. cit., nota 24; Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 25; Gabriela BRAVO (2012), ob. cit., nota 2; Eduardo ESPÍN TEMPLADO (1990), ob. cit., nota 27; Virgilio LATORRE LATORRE (2002), ob. cit., nota 28; Luís RODRÍGUEZ RAMOS (2012), ob. cit., nota 35; Gonzalo QUINTERO OLIVARES (1990), ob. cit., nota 36; María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit., nota 4; Claus ROXIN (1999), ob. cit., nota 44 p. 84; Pedro APALATEGUI ISASA y Manuel MARÍN (2012), ob. cit., p. 48.

³⁴² *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

³⁴³ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975). En este caso, el TSA declaró inconstitucional una ley del Estado de Georgia que prohibía la publicación del nombre de una víctima de violación, señalando que ello era contrario a la primera enmienda. De esta manera, además, validó la existencia de los registros públicos y el acceso de la prensa a ellos. Más recientemente, el mismo criterio se utilizó en *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U.S. 524 (1989).

5.- La pérdida de interés público de un hecho informativo como fundamento del derecho al olvido

El principal fundamento del derecho al olvido proviene de la pérdida del “interés público informativo” asociado a un hecho y que permite la primacía de la libertad de expresión sobre los otros derechos en conflicto.

Dado que existe consenso universal en que la privacidad y otros derechos pueden ser afectados, en distintos niveles o grados, por el interés superior existente en la libre publicación de informaciones y opiniones relativos a determinados hechos con relevancia social, cualquier modificación del factor legitimador – el interés público informativo – alterará necesariamente los juicios de ponderación asociados, permitiendo, por ejemplo, una mayor protección de la honra y la privacidad por sobre el ejercicio informativo.

Frente a este punto, la tradición americana comienza a mostrar sus primeros matices frente a la Europea.

En Estados Unidos, la dificultad para definir estándares que permitan objetivar esta “pérdida de interés” y comprensión del “interés público” como “interés del público”, han llevado a sostener que una vez que un hecho se divulga, ingresa por siempre al flujo de información³⁴⁴.

³⁴⁴ El TSA ha señalado que no puede haber responsabilidad cuando la publicidad se basa en informaciones contenidas en registros públicos, ya que en esos casos la protección dada a la privacidad es de poco interés. *Cox Broadcasting* 494, 95 S.Ct. 1029; *Jenkins v. Dell Publishing Co.*, 251 F.2d 447 (3d Circ.) (1958).

Más recientemente, el mismo criterio se utilizó en *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U.S. 524 (1989). Asimismo, la jurisprudencia americana ha señalado que no hay indicios que permitan afirmar que la primera enmienda protege de diferente manera a los historiadores que a quienes reportean hechos actuales, ni que el ejercicio de esta libertad se ve afectada por el paso del tiempo. *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 62 S.Ct. 190, 86 L.Ed. 192 (1941). Frente a este aspecto particular ha señalado que ante la ausencia de criterios que permitan determinar cuándo una noticia era lo suficientemente vieja como para no recibir la protección de la primera enmienda, podía derivarse en situaciones de autocensura (derivados de la incertidumbre del informador frente a la legitimidad de sus actuaciones), que fue precisamente lo que quiso evitar la TS en *Cox Publishing and The Florida Star (Uranga v. Federal Publication Inc, Idaho, Supreme Court No. 27118. (14 de Febrero de 2003)*. Por lo mismo, debe confiarse en el criterio de quienes deciden publicar (*Cox Broadcasting*, 420 U.S. 496, 95 S.Ct. 1029).

En el mismo sentido se manifiesta uno de los textos jurídicos más influyentes en la tradición jurídica norteamericana, el Restatement of Torts (Second), que señala que no habrá responsabilidad cuando se difundan hechos que ya son públicos. Restatement of Torts (Second), párrafo 652D cmt. b volumen 3(1977).

Cabe señalar que tampoco en Europa existe en la actualidad un concepto legal preciso de privacidad o vida privada, pese a los esfuerzos del TEDH por perfilarlo a través de sus fallos. Observando un desarrollo expansivo del mismo, podemos decir que este derecho protegería la inviolabilidad del domicilio, la protección de una esfera privada frente a las intromisiones de los poderes públicos, las comunicaciones individuales y privadas con terceros, así como la reputación y la propia imagen. Podría alcanzar el derecho de cada individuo de conducir libremente su vida. También podría referirse a otras materias, como la soberanía personal sobre la integridad personal (sería un asunto privado, y permitiría dar protección, por ejemplo, a las prácticas sadomasoquistas consentidas, por ejemplo sentencia de 19 de febrero de 1997, Laskey, Jaggard y Brown, apartado 36. Para algunos también esto incluye el derecho de la mujer a la libre interrupción del embarazo, o el derecho de los transexuales a cambiar quirúrgicamente de sexo, pero no hay claridad sobre estos puntos. José MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Comentario al artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Dirigido por Araceli MANGAS, Separata Título II, sobre las libertades, Fundación BBVA (2008)

Esta postura simplifica el trabajo jurisprudencial y refuerza la libertad de expresión, pero lo hace a costa de extender la protección constitucional a situaciones claramente dañosas y absurdas.

A nuestro entender, ello obedece a un juicio de ponderación equivocado³⁴⁵, pues parece de sentido común plantear el “interés público” y su perdurabilidad como un asunto dinámico y circunstanciado³⁴⁶.

Bajo esta mirada se abre un espacio justificado a la protección privilegiada de otros derechos, como ha sido observado con más claridad en la tradición europea, que ha reconocido un factor temporal en la protección de la privacidad, vinculado generalmente al paso del tiempo y a la pérdida del interés público de la información que generalmente conlleva³⁴⁷.

Por otro lado, existe una vertiente que entiende la privacidad como la posibilidad de controlar el flujo de informaciones sobre uno mismo, especialmente cuando el interés público que justificaba la protección reforzada de la libertad de expresión e información ha disminuido.

Para entender lo anterior, conviene detenerse un momento en la evolución del concepto de privacidad. Como es sabido, sus primeros desarrollos fueron realizados dentro de la tradición anglosajona, al alero del derecho de propiedad³⁴⁸. Luego de numerosas elaboraciones y ajustes doctrinarios y jurisprudenciales, esta concepción ha permitido mantener en la esfera de lo “privado” (como opuesto a público) aquellas informaciones relativas a la propia persona, estableciendo una gradualidad entre ciertas informaciones “íntimas”, que gozan de máxima protección (vida sexual, afectiva, antecedentes médicos, entre otros); aquellas sencillamente “privadas” (actividades profesionales, etc.), y otras que gozan de una mínima protección (ser visto en la calle, la fachada de una casa, las acciones de las autoridades políticas, etc.).

La privacidad así entendida se vincula al derecho a ser desconocido, a contar con un espacio de acción donde nadie puede interferir, a ser dejado solo³⁴⁹. Dada su

³⁴⁵ Baste con recordar el criterio sentado por el TSA en el caso *Cox Broadcasting*, citado reiteradamente a lo largo de este trabajo, y que justificó la publicidad del nombre de una víctima de violación y que fuera luego reiterado en *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U.S. 524 (1989).

³⁴⁶ De hecho, el paso de los años normalmente hará disminuir, total o parcialmente, el interés público asociado a un hecho. La importancia de la pronta divulgación informativa de los asuntos de interés públicos es precisamente lo que justifica la tolerancia a cierto margen de error en las mismas por parte del comunicador. Al respecto, ver STC 6/1988, FJ 5; STC 28/1996, FJ 3; STC 2/2001, FJ 6; STC 158/2003, FJ 6; STC 160/2003, FJ 5; y STC 216/2006, FJ 8.

En la jurisprudencia americana, puede consultarse *Nueva York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). En la Corte Europea de Derechos Humanos, la CEDH N° 28525/95, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria*, de 26 de febrero de 2002, párrafos 39 y 40. En su símil interamericano, la CIDH, *Olmedo Bustos y otros v. Chile*, sentencia de 5 Febrero 2005; y CIDH, *Kimel v. Argentina*, sentencia de 2 de Mayo 2008.

³⁴⁷ Patrizia PALERMO (2010), ob. cit., nota 304, p. 278.

³⁴⁸ Dadas las condiciones culturales y jurídicas de dicho pasado, no existía la posibilidad real de construir efectivamente este derecho desde otra base. Por ello, más que de crítica, su desarrollo al alero del derecho de propiedad y del domicilio debe ser motivo de gratitud y considerarse como un antecedente de las versiones más modernas de privacidad.

³⁴⁹ Esta expresión fue popularizada por el célebre artículo sobre “Privacidad” de Warren y Brandeis, quizá el más influyente a nivel mundial sobre el tema. Samuel D. WARREN y Louis D. BRANDEIS, “*The Right to Privacy*”, Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5 (1890). En el mismo sentido se pronuncia MILLER, quien literalmente dice que “el derecho a la privacidad se

íntima relación con el concepto patrimonial de propiedad, y más particularmente a la idea del “domicilio”, usualmente se le ha protegido por la vía del derecho civil (“torts”)³⁵⁰.

Sin embargo, la privacidad ha visto también un desarrollo diferente y más amplio, observable especialmente en el continente europeo, que se vincula con el derecho a excluir del dominio público ciertas informaciones, con el objeto de proteger y facilitar el derecho de toda persona a vivir como dueña y arquitecta de su propio destino³⁵¹.

Bajo esta concepción, construida antes sobre la idea de dignidad humana que de propiedad, puede justificarse el control del uso público de aquellas informaciones que puedan afectar al individuo en sus relaciones con los demás, sobre todo cuando ellas se vinculan con errores o hechos del pasado. Por ello, proteger la

presenta como el derecho de estar solo y ahora debe considerarse desde la perspectiva de la “habilidad individual para controlar la circulación de información relativa a él mismo (...)”. Arthur R. MILLER, *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers*. University of Michigan Press (1971). Por su parte, el TCE ha señalado en su STC 134/1999, FJ 5 que “El art. 18.1 no garantiza una “intimidad” determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”. En el mismo sentido se pronuncian las STC 144/1999, STC 115/2000, STC 185/2000 y STC 127/2003, entre otras.

³⁵⁰ Nuevamente recomendamos seguir el desarrollo de este tema realizado en “La vida privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada”. Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS (2013), ob. cit., nota 321.

³⁵¹ ROLLA señala que esta profunda evolución “supera, en primer lugar, una concepción de la *privacy* estrechamente vinculada al derecho de propiedad (entendido como *ius excludendi alios*) y orientada de modo predominante a la tutela de la inviolabilidad del propio domicilio (...) hasta adquirir un más amplio alcance: trasladando, primero, la atención del “tener” al “ser” (...) asumiendo, luego, en plena sociedad global de la comunicación, un significado más amplio como derecho al control de las informaciones relacionadas con uno mismo”. A su vez ello implica el paso desde una concepción negativa de la privacidad a una que requiere numerosas actuaciones positivas. Bajo esta lógica, la intimidad “encierra también el aspecto “positivo” de poder desarrollar libremente la propia personalidad. La garantía de la vida privada tiende, en esta acepción amplia, a identificarse con el derecho a la tutela de la propia identidad (sexual, de conducta, ideal, familiar, etcétera). El respeto de la *privacy* se transforma, pues, en la necesidad de tutelar las opciones de vida frente a toda forma de control público o de “estigmatización social” (citando a Lawrence M. FRIEDMANN, *The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture*, Cambridge University Press (1990). Continúa señalando que “la tutela de la vida privada cumple con ello un papel instrumental para la libre construcción y establecimiento de relaciones y vínculos sociales (...). En otros términos, el derecho a la vida privada responde a la exigencia de que toda persona pueda construir autónomamente su propia personalidad, sin que desde fuera se le impongan los roles o funciones que deba desarrollar”. Giancarlo ROLLA (2002), ob. cit., nota 305, pp. 150-151. En un sentido similar, Stefano RODOTÀ, “*La Pacifica Rivoluzione della Privacy*”, *Questione Giustizia*, No. 2 (2005), p. 228.

autonomía y la libertad individual supone la protección del sujeto con sus características distintivas actuales, en correspondencia con su imagen pública³⁵².

De esta forma, esta concepción de la privacidad fundamenta el derecho al olvido, favoreciendo a la vez la tutela del pluralismo y de la autonomía personal frente a las limitaciones que puedan provenir del exterior. El reciente fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el caso Google³⁵³, dará un importante refuerzo y fundamento de autoridad a esta postura.

En los últimos años han existido muchas señales jurisprudenciales en este sentido, aunque por las razones ya señaladas, ellas han sido mayores en el espacio europeo que en la tradición anglosajona.

Francia quizá sea el país donde la protección de la privacidad frente a la libertad de expresión alcanza su mayor protección, y ha aceptado la consideración al elemento temporal como relevante en la protección de la privacidad en numerosas oportunidades³⁵⁴. Así sucedió, por ejemplo, frente al reclamo presentado por una ex amante del famoso asesino en serie Henri Landru, frente a un film que la mencionaba, sosteniendo que ello correspondía a un periodo muy antiguo y dramático de su vida privada y que hubiera querido olvidar³⁵⁵. El mismo criterio se utilizó frente a la publicación de la autobiografía de un famoso delincuente (Mesrine), en la que una antigua pareja era mencionada, afectando, según ella, la reinserción social que había logrado con el transcurso del tiempo³⁵⁶, o ante el caso del cantante Jean Ferrat, quien recibió protección judicial luego de alegar por la revelación, por medio de la prensa, de su nombre y domicilio, luego de que ya se encontraba retirado³⁵⁷.

Un caso aún más interesante se originó por la inclusión, en un juego de mesa tipo TRIVIA, de una pregunta sobre el nombre del médico que en compañía de una enfermera había sido sorprendido robando un banco. El médico intentó la prohibición de venta y el retiro del juego. El Tribunal de París acogió la demanda rechazando el argumento de que los hechos ya publicados o los asuntos judiciales fueran por sí mismos noticiables en forma indefinida, señalando, además, que el tiempo transcurrido había quitado el interés público a los hechos, por lo que ya no existía una necesidad social de contar con información sobre ellos. De esta manera, se consideró que la posterior vida del médico y su protección debían imponerse sobre la libertad de prensa³⁵⁸.

³⁵² Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 280, pp. 69-70, 79 y 81.

³⁵³ La cuestión preliminar planteada por la Audiencia Nacional Española, pero que se pronuncia sobre los aspectos más relevantes de la normativa aplicable, fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE) de 13 de mayo de 2014, dictado por la gran sala y recaída (asunto C-131/12, planteado por la Audiencia Nacional, mediante auto de 27 de febrero de 2012, en el procedimiento entre *Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*).

³⁵⁴ ROSEN afirma que las raíces intelectuales del derecho al olvido provienen de la legislación francesa, que reconoce un “droit à l’oubli”, relativo a la rehabilitación de delincuentes y su resocialización. Jeffrey ROSEN, *“The Right to Be Forgotten”* (2012).

³⁵⁵ Tribunal de Gran Instancia de Sena, 4 de octubre de 1965.

³⁵⁶ Tribunal de Gran Instancia de Paris, 6 de diciembre de 1979.

³⁵⁷ Corte de Apelaciones de Paris, 15 de mayo de 1970.

³⁵⁸ Tribunal de Gran Instancia de Paris, Sala Primera, 25 de marzo de 1987.

En 2004, siguiendo el mismo criterio, el Tribunal de Casación revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones que sostenía que la publicación, en una película, de hechos relativos a un accidente familiar afectaba la vida y la personalidad de uno de sus miembros³⁵⁹.

En otro caso, la Corte de Casación, pese a que rechazó dar protección solicitada por una mujer mencionada en un libro como compañera de un colaboracionista, señaló como criterios para legitimar la publicación el que las publicaciones originales (en caso que las hubiera) hubiesen sido realizadas al amparo de la ley, y que persistiera un interés actual que justificara publicación³⁶⁰.

En Italia, el derecho al olvido era ya mencionado en una sentencia del tribunal de Casación de 1958³⁶¹. 40 años más tarde, el mismo tribunal ya lo reconocía en forma expresa, refiriéndose al “justo interés de cada individuo de no estar indefinidamente expuesto a datos que afectan negativamente su honor o reputación, relativa a la reiterada publicación de una noticia divulgada en el pasado”³⁶².

Este criterio ha sido aceptado muchas veces frente a las solicitudes de actrices para que no se publiquen fotos de desnudos realizadas en su juventud, porque se “referían a una fase de su carrera ya superada en su nueva situación artística o profesional”³⁶³.

Con estos ejemplos, de los que pueden encontrarse casos similares en otros países europeos³⁶⁴, abordamos una forma de enfrentar este problema, típicamente europea.

Pero en EE.UU., por el contrario, la amplia protección dada a la difusión libre de información y la concepción de la privacidad en su forma más restrictiva y vinculada al derecho de propiedad, han hecho menos permeable su ordenamiento

³⁵⁹ Corte de Casación, Sala Civil 2, de 3 de Junio de 2004.

³⁶⁰ Sentencia de la Corte de Casación Civil del 20 de Noviembre de 1990. Pueden encontrarse referencia a estos casos y a otros en Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 280, p. 216 y ss.

³⁶¹ Sentencia de la Corte de Casación del 13 Mayo de 1958, N° 1563, conocida como el caso *Caruso*. Según MEZZANOTTE, la jurisprudencia la reconoció por primera vez en un obiter dicta, en 1973, donde hacía referencia a los artículos 8 y 10 de la CEDH, y del mismo modo, se veía como a veces un límite absoluto frente a la libertad de expresión, o bien como un aspecto a balancear en cada caso concreto. Ibid., pp. 82 y 98 (cita 67).

³⁶² Sentencia de la Corte de Casación de 9 Abril de 1998, N° 3679. Más recientemente, vemos sentencias que manifiestan “una voluntad orientada al reconocimiento de un derecho, cuyos contornos son todavía poco claros”. Ibid., p. 277 (haciendo expresa referencia a la sentencia N° 45051 de 24 de noviembre del 2009, dictada por la sección quinta de la Corte de Casación Penal Italiana).

³⁶³ Pretura de Roma de 10 de febrero de 1988. Citado por Giancarlo ROLLA (2002), ob. cit., nota 305, p. 165 (nota al pie No 4).

³⁶⁴ En España, por ejemplo, la STC 52/2002, estimó que la publicidad mediática dada a los antecedentes penales de una persona por una violación acaecida hace doce años, y por un arresto menor, eran superfluas e innecesarias, dado que la noticia fundamental se había centrado en descartar su participación en el doble crimen (homicidio). Añadir aquellas referencias, que afectan a su probidad, reputación y dignidad personal, era innecesario, al “no poder calificarse de veraz y carecer de relevancia e interés público”. (FJ 7 y FJ 8). En Alemania, por ejemplo, el llamado caso *Lebach* (BVerfGE 35, 2002, 1973).

a una restricción fundada en el factor temporal o “derecho al olvido”³⁶⁵. El tratamiento dado a este tema por la doctrina y jurisprudencia de este país nos parece especialmente relevante, dada la enorme influencia del derecho americano en el mundo, y en particular, en su desarrollo sobre la libertad de expresión, por lo que nos detendremos brevemente sobre algunos aspectos del mismo.

El criterio más clásico y dominante en el sistema americano parece ser el adoptado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.*, donde la publicidad dada al autor de un delito cometido 11 años atrás a propósito de un nuevo ilícito, se consideró legítima, dada la prevalencia del interés de la noticia sobre los demás derechos afectados³⁶⁶.

Un criterio similar se utilizó en el caso *Jenkins v. Dell Publishing Co.*, donde la familia de una víctima de asesinato autorizó y facilitó la cobertura periodística del mismo, pero luego protestó ante la inclusión del material en un libro de crímenes. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos señaló que una vez que un asunto era noticia, no resulta factible ni deseable para un tribunal comenzara a distinguir entre noticias que buscaban informar y aquellas que buscaban entretener³⁶⁷.

Un caso levemente diferente afectó a William J. Sidis, conocido desde muy corta edad por sus asombrosas facultades intelectuales, y que con el correr del tiempo, desarrolló una vida más bien discreta. En 1937 el “New Yorker” publicó un artículo titulado “¿Dónde está ahora?”, dando origen a un reclamo por invasión a la privacidad. El amplio alcance dado a la libertad de expresión y al concepto de interés público en Estados Unidos llevó a que el Tribunal de Apelaciones de Nueva York señalara que “lamentablemente o no, las desgracias y debilidades de los vecinos y” figuras públicas “son temas de gran interés y debate con el resto de la población”³⁶⁸. Con ello, el criterio de “figuras públicas” fue desplazándose desde el ámbito de las acciones de gobierno a la vida deportiva, al mundo del espectáculo, de la ciencia, los negocios, etc.³⁶⁹

El criterio de máxima publicidad parece haberse consolidado en el caso “*Cox Broadcasting*”³⁷⁰, que declaró inconstitucional una ley de Georgia, que prohibía la publicación del nombre de las víctimas de violación. Este es uno de los casos más citados y de mayor influencia doctrinaria y jurisprudencial en lo referido a la primera enmienda.

Sin embargo, este criterio no parece monolítico, presentándose algunas soluciones minoritarias en sentido contrario.

Uno de ellos, por ejemplo, favoreció a una dueña de casa de un pueblo del interior de los Estados Unidos, que luego de ser involucrada en un caso de

³⁶⁵ WERRO señala que en EE.UU. “el desarrollo de un derecho a ser olvidado (...) no viene, como en Europa, derivado de un equilibrio entre los derechos reconocidos en la Constitución, sino más bien, de una serie de intentos por parte de los diversos estados de forjar para sus ciudadanos una esfera de la intimidad inviolable respecto de los medios de comunicación (...)”. Franz WERRO (2009), ob. cit., nota 306, p. 306

³⁶⁶ *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.*, 4 Cal.3d 529.

³⁶⁷ *Jenkins v. Dell Publishing Co.*, 251 F.2d 447 (3d Cir.) (1958).

³⁶⁸ *Sidis v. F-R Publishing Corp.*, 113 F.2d 806 (2d Cir.).

³⁶⁹ Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS, “Notas Críticas a la Figura del Personaje Público como Criterio Legitimador para la Intromisión en la Vida Privada de las Personas”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 3, No. 2 (2005), p. 169

³⁷⁰ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975). *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U.S. 524 (1989).

homicidio -del que finalmente salió libre de cargos- fue sindicada por la prensa como principal sospechosa, al descubrir que durante su juventud había sido trabajadora sexual.

Como cabía imaginar, dicha circunstancia no era conocida por parte de su pequeña comunidad, generándole perjuicios de todo tipo, entre los que cabe imaginar un aumento de las sospechas de culpabilidad por parte de la opinión pública, y probablemente del jurado.

Pocos años después, su caso fue argumento de una película, llamada “The Red Kimono”, que incluso utilizó su nombre de soltera. Frente a las reclamaciones de la afectada, el TS-California consideró que si bien los datos eran públicos y reales, cualquier persona que hubiera rehecho su vida tenía derecho a la búsqueda de la felicidad y a no sufrir ataques innecesarios, y que el uso de su nombre verdadero no aportaba información para ilustrar el caso³⁷¹.

Más recientemente, el caso *US Dept. of Justice v. Reporters Committee*³⁷² se refirió a la “Freedom of Information Act” (FOIA), que permite obtener acceso a las informaciones de las instituciones públicas. El caso se originó por la negativa dada por el Departamento de Justicia de entregar a un grupo de periodistas informaciones recopiladas por el FBI que vinculaban a cuatro hermanos acusados de obtener contratos con el Estado en forma ilegítima, con la asistencia de un congresista. El FBI sólo entregó un “rap sheet” relativo a un hermano ya fallecido, y dado que durante el transcurso del juicio fallecieron otros dos, se liberó la información que se refería a ellos. Sin embargo, se aclaró expresamente que respecto del sobreviviente sólo se entregaría información si hubiera un interés público relativo a delitos financieros (cosa que no ocurría) y no sobre otras materias.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos validó el criterio del FBI, señalando la privacidad estaba protegida por la excepción 7 c) de la “Freedom of Information Act” (FOIA) (vinculada al factor temporal), agregando que el principal propósito de esta normativa era permitir el público escrutinio público de los actos de gobierno, y no el obtener información privada de otros ciudadanos. Por ello, aunque el registro no era “privado”, podían justificarse la protección de intereses individuales que buscaran limitar su publicidad³⁷³.

Un caso aún más interesante se originó en la sentencia que cuestionó la legitimidad de una publicación que hacía referencia a actividades homosexuales entre adultos y adolescentes acontecidos a mitad de los años 50, generando gran revuelo (una de las personas involucradas fue luego expulsada de la Academia de West Point). La sentencia consideró que el caso era muy distinto al precedente de *Cox Broadcasting*³⁷⁴ y de toda la jurisprudencia nacida a su amparo, señalando que en algunos casos el interés público era dudoso³⁷⁵. Dado el giro que esta sentencia podía implicar frente a la tradicional comprensión de la primera

³⁷¹ La reclamante no utilizó en esta instancia el argumento del derecho a la privacidad ni a la propia imagen, pues ellos no habían sido acogidos previamente.

³⁷² *US Dept. of Justice v. Reporters Committee*, 489 U.S. 749 (1989).

³⁷³ Sin embargo, ello no significa que estas directrices sean efectivamente seguidas, pues el gobierno a menudo guarda los archivos en bibliotecas, donde son fácilmente accesibles. Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 312, pp. 241- 242.

³⁷⁴ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

³⁷⁵ *Uranga v. Federal Publication Inc*, Idaho, Supreme Court (21 de junio de 2001).

enmienda, fue objeto de un recurso especial ante el TSA-Idaho (“*rehearing*”), la que validó tanto la publicación como los criterios de las instancias inferiores, reiterando las dudas sobre cómo el paso del tiempo podría afectar el interés público de un hecho, así como la dificultad de determinarlo ³⁷⁶.

Pese al criterio final esgrimido en este caso, todo indica que la problemática ya se encuentra planteada y ha dejado de ser un asunto indiscutible.

6.- La protección de datos personales como una forma de derecho al olvido

En las últimas décadas, la sofisticación de los medios técnicos de acumulación, conservación y acceso a la información ha levantado la problemática del “olvido” a materias donde antes no se habían planteado mayores situaciones de conflicto. Ello se ha visto profundizado por los mecanismos con que cuentan algunos sistemas de internet para registrar antecedentes personales de los usuarios, como por ejemplo las páginas visitadas, las compras, las direcciones IP, las claves y números de tarjetas de crédito, entre otras. Las nuevas tecnologías han permitido la creación de bases de datos y sistemas de información de tal magnitud y potencialidades, que su sola existencia podría reducir significativamente los espacios de privacidad³⁷⁷. Todo lo anterior produce problemáticas sociales nuevas que inquietan a buena parte de la población³⁷⁸.

Pese a las limitaciones técnicas, jurídicas y fiscalizadoras que plantea la protección de los derechos afectados por esta vía, creemos necesario realizar un esfuerzo por enfrentarlos y lograr, poco a poco, mayores niveles de protección³⁷⁹.

³⁷⁶ *Uranga v. Federal Publication Inc*, Idaho, Supreme Court No. 27118 (14 de febrero de 2003). Respecto a la falta de necesidad de que su nombre hubiese sido revelado, la Corte respondió citando numerosa jurisprudencia, que cada elemento de la noticia era relevante.

³⁷⁷ El sólo aumento cualitativo de las facilidades a la hora de compilar información, podría alterar las reglas tradicionales sobre esta materia. Así lo ha señalado incluso el TSA en *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 US 764-769 (1989). En un sentido similar, *Westbrook v. County of Los Angeles* (1994) 27 Cal. App. 4th 157 [32 Cal. Rptr. 2d 382].

³⁷⁸ Según la Comisión Europea, 9 de cada 10 europeos están preocupados de cómo se utilice la información obtenida a través de aplicaciones de teléfonos celulares, y 7 de cada 10 lo están acerca de cómo dicha información puede ser posteriormente usada. European Commission, Press Release of 28, January 2014.

Según una encuesta realizada por EuroBarómetro en 2011, el 74% de los europeos consideran la publicidad de sus informaciones personales como un rasgo inherente de la vida moderna, pero al mismo tiempo, un 43% cree que han sido requeridos de mayor información de la que era necesaria al usar la red. Cerca de un 60% de los usuarios lee las condiciones de privacidad, y de ellos, un 70% ajusta su conducta a ella. Sólo la mitad de los usuarios conocerían las condiciones de recopilación de sus antecedentes para usos posteriores cuando usan internet. Sólo un 18% siente control total sobre la información disponible, y un 70% se muestra preocupado por el uso que las compañías puedan hacer de la información requerida para otros propósitos. Un 75 % de los europeos se manifestó partidario de eliminar la información personal entregada en internet cuando ellos lo decidieran. Información extraída de: Special EuroBarometer 359, Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union (June 2011), disponible en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_359_en.pdf (fecha de consulta: 9 de mayo de 2014).

³⁷⁹ Ya en el año 1968, la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (ONU) realizada en Teherán manifestó su preocupación sobre los riesgos de violación de los derechos, que implicaba el avance científico y tecnológico. El Convenio 108 del Consejo de Europa establece

Con este propósito, la Comunidad Europea aprobó la Directiva N° 46/95, sobre “Tratamiento y libre circulación de datos personales”³⁸⁰, que entre otras cosas, llamó a la modificación de las normas de los países miembros con el objeto de dar un espacio mayor al derecho a la privacidad, reconociendo incluso la debida consideración que debía hacerse al elemento histórico al momento de buscar un adecuado equilibrio con otros derechos.

Dicha directiva también buscó que los Estados miembros garantizaran, con arreglo a las disposiciones de la Directiva, “la protección de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular, el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”³⁸¹. En el mismo sentido se han pronunciado la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, modificada el 23 de abril de 2009 por la Directiva 2009/22/CE³⁸², las cuales se encuentran en pleno vigor y obligan a los Estados miembros a adoptar las disposiciones necesarias para darles cumplimiento.

Adicionalmente, y en base a lo ya señalado por la Directiva 46/95/CE, la Comisión Europea, ha elaborado una Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos de personas físicas, donde establece nuevas protecciones y garantías, y que se espera reemplace a la primera una vez que sea aprobado.

Entre ellos, cabe mencionar la creación de nuevos derechos para los ciudadanos, entre los que se incluye el derecho a “la supresión de datos bien porque ya no son necesarios conforme a la finalidad para la que fueron recabados ya sea porque el interesado ha revocado su consentimiento para el tratamiento; porque ha expirado el plazo para el tratamiento legal de los datos; porque el interesado ha ejercitado su derecho de oposición, o bien porque el tratamiento de los datos no se está realizando conforme al mismo Reglamento”³⁸³.

desde 1981 el derecho a la protección en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales. El concepto de datos personales no está vinculado a la idea de intimidad propia de la privacidad. Es más amplio y abarca cualquier tipo de información de tipo personal, y supone una suerte de “autodeterminación informativa”.

Así lo planteó primeramente el documento de trabajo titulado “Programa de Estocolmo. Una Europa Abierta y Segura que Sirva y Proteja al Ciudadano”, información que se encuentra disponible en

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF>

(fecha de consulta: 10 de mayo de 2014). Luego, el 4 de noviembre de 2010, la Comisión fijó una estrategia para reforzar las normas de protección de datos de la UE (IP/10/1462 y MEMO/10/542) y solicitó reacciones a sus ideas y llevó a cabo una consulta pública por separado para revisar la “Directiva sobre Protección de Datos” (95/46/CE).

³⁸⁰ Como antecedente de la misma, los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconocen el respeto de la vida privada y la protección de los datos de carácter personal, y el Convenio N° 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, fue la primera norma internacional establecida sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

³⁸¹ El artículo 2.a de la Directiva 95/46, define dato personal como “toda información relativa a una persona física identificada o identificable”. De esta manera, el objeto protegido por este tipo de “derecho al olvido” puede ser mayor que el que nace de la ponderación entre derechos fundamentales. Se han incorporado a las propuestas elementos moduladores en este sentido (requisitos, excepciones, conceptos abiertos que quedan entregados al criterio judicial, etc.).

³⁸² Existen además disposiciones específicas para la protección de los datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (Decisión Marco 2008/977/JAI).

³⁸³ Artículo 17 del proyecto de Reglamento de Protección de Datos Personales de la CE.

El 21 de octubre de 2013, el Comité del Parlamento Europeo de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos del Parlamento Europeo aprobó la propuesta de Reglamento de Protección de Datos. El 12 de Marzo de 2014, el Parlamento aprobó la propuesta, incorporándole algunas modificaciones. En lo que respecta a nuestro trabajo, la expresión que hacía expresa referencia al derecho al olvido fue eliminada, pero fue mantenida en forma indirecta por la vía del “derecho al borrado de datos”. Entre otras medidas el Reglamento exige consentimiento explícito y permanente para la publicación de datos (en vez de presumirla); propicia la utilización de pseudónimos cuando el conocimiento de la identidad no sea necesario o se trate de información personal sensible; limita la transferencia de datos a espacios que estén fuera de la jurisdicción europea; establece acciones de protección que deben ser resueltas en plazos muy breves (24 horas desde la solicitud); además de contemplar importantes sanciones (que pueden llegar hasta 100 millones de euros o el 5% del volumen de negocio anual de los infractores).

Algunas de las medidas planteadas en la propuesta de Reglamento parecen vincularse con el debate que ha generado un caso cuyo reciente fallo afectó a un gigante del mundo digital (Google) respecto a la posibilidad que ofrece de acceder, por su intermedio, a una serie de datos del pasado, publicados muchas veces en forma legítima. Este fallo había sido muy esperado por los estudiosos de las regulaciones de internet y la privacidad³⁸⁴.

El caso en cuestión fue fallado mientras terminábamos la redacción de este artículo, y se pronuncia sobre los interrogantes más delicadas de la posible regulación sobre protección de datos personales: la responsabilidad y colaboración que cabe a los motores de búsqueda, que en la práctica, son los que hacen posible el acceso facilitado a todo tipo de informaciones y base de datos, y adicionalmente, la problemática que plantea cualquier intento de reglamentar un sistema de carácter transcontinental.

El juicio tiene su origen en el reclamo presentado por el ciudadano español Mario Costeja González, quien luego de ser ejecutado por una deuda en 1998, volvió a ver su nombre en la web 10 años después, luego de que el periódico *La Vanguardia* (donde había sido publicado el aviso de remate), diera acceso online a toda su hemeroteca, generando su indexación automática por parte de los motores de búsqueda de internet y el acceso masivo y facilitado del público a esta información.

³⁸⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (TJUE) de 13 de mayo de 2014, dictado por la Gran Sala, y recaída en el Asunto C- 131/12, planteado por la Audiencia Nacional, mediante auto de 27 de febrero de 2012, en el procedimiento entre *Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*; SAMPERE se refiere así a este documento: “Por fin llegó el que probablemente haya sido uno de los días (el otro será cuando se pronuncie definitivamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) más esperado en el “mundillo del dato”: las Conclusiones del Abogado General sobre el asunto de Google Spain SL y Google INC contra la AEPD y un particular. Hace meses, y bajo el título “*Google, Abanlex y AEPD en el TJUE: otro punto de vista*”, ya ponía de manifiesto que más allá de dar la razón a uno u otros, desde mi humilde opinión, se estaba jugando buena parte de la propuesta de Reglamento de la Unión Europea, probablemente uno de sus artículos más discutidos, que no es otro que el del ámbito de aplicación”. Sobre la influencia de este caso en las propuestas normativas ver Francisco Javier SAMPERE, “Caso “Google” sobre el derecho al olvido: ¿Cómo afecta a la propuesta de Reglamento de Protección de Datos?” (2013).

El afectado recurrió primeramente al periódico³⁸⁵, el que señaló que ellos sólo habían dado cumplimiento a un mandato legal, por lo debía dirigir su reclamo al buscador. Google Spain derivó el asunto a Google Inc., en Estados Unidos. Ante la falta de respuesta, remitió el caso a la Agencia Española de Protección de Datos, la que demandó contra Google Spain y Google Inc. para que dejaran de indexar el contenido señalado, aun sabiendo que el motor efectivo de búsqueda estaba en Estados Unidos (California)³⁸⁶.

La Audiencia Nacional elevó el caso a instancias europeas³⁸⁷. El pasado 25 de junio de 2013, el Abogado General del Tribunal Europeo respondió preliminarmente a las preguntas planteadas por el tribunal español³⁸⁸, señalando que Google está sujeta a la legislación de la UE sobre privacidad y protección de datos (sus filiales están establecidas en la UE y ahí realizan su actividad comercial, *aunque el tratamiento de datos se realice en otro lugar*), pero no está obligado a borrar la información sensible de su índice de búsqueda ni se le puede considerar responsable del tratamiento que se haga de la información, ya que no tiene control sobre los datos personales incluidos en las páginas web de terceros. Por tanto, no existe un derecho a solicitar a los buscadores la no indexación o la desindexación de dicha información³⁸⁹.

Finalmente, el 13 de mayo recién pasado, la Gran Sala del Tribunal dictó sentencia declarando que de acuerdo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo “la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de “tratamiento de datos personales” (...) y el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento (Nº 1, parte resolutive). Asimismo, el Nº 2 (parte resolutive) señala que las actividades realizadas en un país por la filial implican a la empresa, aunque la sede principal o parte de la actividad se realice fuera de la jurisdicción del país al cual el motor ofrece sus servicios.

³⁸⁵ Procedimiento ordinario 725/2010, seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (Secc. 1) de la Audiencia Nacional.

³⁸⁶ La AEPD ha utilizado la estrategia de dirigirse directamente a los buscadores para evitar la indexación de datos en internet, utilizando un criterio sin duda más pragmático, aunque insuficiente, dado que los datos perduran y pueden ser obtenidos y utilizados de otra manera. Otro problema de esta estrategia es que algunos servidores como “Yahoo” o “Bing” niegan la autoridad de esta agencia, por razones de jurisdicción (la primera tiene su sede en EE.UU., la segunda en Luxemburgo). Un análisis exhaustivo de las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos puede encontrarse en Ramón M. ORZA LINARES y Susana RUÍZ TARRÍAS, “*El Derecho al Olvido en Internet*”, Neutralidad de la Red y Otros Retos para el Futuro de Internet, Actas del VII Congreso Internacional de Internet, Derecho y Política, Universidad Oberta de Cataluña, Huygens Editorial (2011), pp. 371-389;

³⁸⁷ El Auto de fecha 27 de febrero de 2012 en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo (Secc. 1) de la Audiencia Nacional acuerda presentar ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial que permita aclarar “si la actividad de GOOGLE, como buscador de contenidos de terceras personas, puede considerarse un tratamiento de datos” y, por lo tanto, si la Agencia Española de Protección de Datos Personales (AEPD) puede requerir directamente al buscador, sin dirigirse previa o simultáneamente al webmaster para exigir la retirada de la información (entre otras cuestiones).

³⁸⁸ Dictamen Preliminar del Abogado General del TJUE.

³⁸⁹ Dictamen Preliminar del Abogado General del TJUE, párrafo 138, conclusión Nº 3.

Por tanto, señala que “el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita” (Nº 3 parte resolutive).

Concluye señalando que “si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté (...) estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona³⁹⁰.”

En los momentos que escribimos estas líneas aún no es posible anticipar las consecuencias que esta sentencia tendrá, pero de seguro marcará un hito importante en el tratamiento de estas materias a nivel mundial.

Pero podemos adelantar algunos criterios. El principal de ellos es que pese a que los criterios planteados por el Abogado General del Tribunal Europeo parecían muy razonables, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea optó en definitiva por una solución más funcional (más propio de la lógica del balanceo que de la responsabilidad civil clásica fundada en la culpa), privilegiando antes el control de daños que la sanción del acto realmente lesivo y de su autor. En otras palabras: dirigirse a las poderosas empresas que hay detrás de los motores de búsqueda es el mecanismo más fácil para garantizar a los ciudadanos que sus derechos serán respetados, permitiendo dejar los datos inaccesibles en breve tiempo. La sentencia impone también a los buscadores el peso de absorber los miles de reclamos que desde ahora comenzarán a recibir, lo que muy probablemente los llevará a generar las tecnologías adecuadas a ello.

Asimismo, el fallo consolida el principio de que cierta información que fue pública en algún momento, puede volver a estar protegida por el ámbito de la privacidad por la disminución del interés público que genera sobre dicho asunto el sólo paso del tiempo.

La diferencia de tratamiento dada por la tradición jurídica europea y americana a este tema, claramente visible en las argumentaciones que rodearon a este caso, ha llevado a autores a sostener, incluso antes del reconocimiento de este derecho por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que el derecho al olvido “representa la mayor amenaza a la libertad de expresión en Internet en la década que viene”³⁹¹.

³⁹⁰ Parte resolutive, Nº 4. La misma señala que dichos requisitos no se cumplirían, por ejemplo, cuando una persona participa en la vida pública y “la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate”.

³⁹¹ Jeffrey ROSEN (2012), ob. cit, nota 354, p. 1.

7.- Situaciones resistentes al olvido

Finalmente, nos referiremos a las situaciones que pese a concurrir el requisito del paso del tiempo y afectar derechos protegidos, ofrecen resistencia al “derecho al olvido”.

Aceptando la premisa de que ningún derecho es ilimitado y siempre puede ceder ante otras necesidades e intereses, podemos utilizar como principio general que la especial protección que ofrece la libertad de expresión e información va asociada primeramente a la trascendencia pública de los hechos divulgados, la que dependerá de la relevancia de la materia, su interés público y su capacidad para contribuir a la formación de una opinión pública libre³⁹². Ante la falta de necesidad social de transmitir cierta información, los hechos vuelvan a quedar bajo control de las personas y por lo mismo, protegidas por su derecho a la privacidad³⁹³. Sin embargo, este principio puede presentar algunas matizaciones.

i.- Disminución y aumento del interés público de un hecho

Sin embargo, puede suceder que algunas circunstancias vuelvan actual la información pasada, como cuando la primera publicación y la posterior hubieren sucedido hechos que fueran capaces de volverles su carácter de actualidad (acá comprendemos al interés público informativo como un elemento dinámico).

Así pudo observarse, por ejemplo, en el caso *Time, Inc. v. Hill*, en que la historia de una familia que fue tomada rehén por un grupo de delincuentes prófugos, fue llevada a una novela, y posteriormente, a un exitoso musical en Broadway, haciendo renacer, en buena medida, el interés del público sobre el caso³⁹⁴.

Este tipo de situaciones nos muestran que el sólo paso del tiempo no permitirá inclinar la balanza a favor del olvido, volviendo necesario el ejercicio de balanceo.

³⁹² STC 49/2001, FJ 6; y STC 121/2002, FJ 3.

³⁹³ La sentencia N° 3679, del 9 de abril de 1998, señaló que el derecho al olvido era menor si el hecho mismo ya había sido objeto de un gran interés público en el momento en que sucedió (pasado), y por lo mismo o por otra razón, pudiese subsistir un interés público en la noticia, siendo ilegítimos cualquier actividad privada o incluso pública sin relación con los hechos judiciales, o que sólo se vincularan con la vida privada de la persona involucrada en los hechos investigados y conocidos. Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 312, p. 121.

Para ROLLA, “el decálogo al que sería preciso atenerse para que el derecho a la información no lesione el derecho a la vida privada puede encontrarse en la sentencia 5259/84 de la Corte de Casación, de acuerdo con la cual una información sería respetuosa con el derecho a la personal reserva cuando satisfaga los siguientes criterios: utilidad social de la información; verdad objetiva, incluyendo también en tal noción la veracidad o verdad putativa, fruto de un diligente y serio trabajo de contraste; forma adecuada de exposición y valoración de los hechos, excluida toda intención denigratoria”. Giancarlo ROLLA (2002), ob. cit., nota 305, p. 165.

³⁹⁴ *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967). Dado que la renovación del interés público puede ser generada en forma interesada y con ánimo lesivo, es necesario analizar la posibilidad de crearse salvaguardas legales en este sentido, evitando que la “noticiabilidad” de un hecho en el tiempo quede en manos de intereses de terceros con intereses específicos, y que pueden generar la restricción o afectación de una serie de derechos constitucionales.

ii.- Utilidad de los antecedentes para otros fines

La pérdida de interés público sobre un hecho rara vez permitirá la eliminación completa de antecedentes³⁹⁵, ya que ellos pueden tener un gran interés y utilidad para otros asuntos diferentes. Un buen ejemplo de este interés sería la investigación científica o histórica³⁹⁶ o el pasado de figuras de relevancia política y social³⁹⁷, pues en estos casos la pérdida de los antecedentes podría provocar daños irreparables u operar como censura.

Siguiendo este criterio, el Proyecto de Reglamento para el Tratamiento de Datos Personales señala en su artículo 17 N° 3 que la supresión de datos personales no procederá cuando ellos sean necesarios para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, para realizar un interés público vinculado al ámbito de la salud, o sean necesarios para la investigación histórica, estadística y científica o el cumplimiento de una obligación legal³⁹⁸.

Así se conserva el principio general que garantiza la posibilidad de informar ampliamente sobre asuntos de interés público actual puede compatibilizarse, con la necesidad de dejar excluidas de protección a “todas aquellas informaciones del pasado publicadas en ausencia de un interés social, especialmente cuando tuvieran la capacidad de alterar la imagen externa y social de una persona”³⁹⁹.

³⁹⁵ REDING señaló que el borrado de datos no sería total (“cannot amount to a right of the total erasure of history”) y se referiría principalmente a la que haya sido entregada por una persona. Viviane REDING, Vice President, Eur. Comm’n, *“The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age 5”* (2012).

³⁹⁶ El TCE ha señalado que los hechos históricos pueden permitir incluso una protección mayor que el garantizado por la libertad de expresión e información. De hecho, este criterio fue aplicado en la STC 43/2004. De especial interés sobre esta materia resulta el FJ 5.

En 1960 la justicia italiana se rechazó la solicitud de impedir la difusión de una película donde se citaba un proceso judicial conocido (y sus protagonistas) en una forma diferente a lo que había sido, fundando en que la reconstrucción histórica sólo podría ser limitada en casos extremos de ofensa al honor, al decoro o a la reputación, pero no en casos de simple molestias a la existencia. Incluso, con los mismos límites, se estableció para otros casos que ella podía ser reconstruida por el artista, más allá de que los hechos representaran un interés para la comunidad, sin necesidad de haber correspondencia entre la verdad histórica y los hechos relatados. Massimiliano MEZZANOTTE (2009), ob. cit., nota 312, p. 95.

³⁹⁷ Esta resistencia al olvido es especialmente fuerte cuando la información aporta a la comunidad elementos de juicio relevantes vinculados a una persona que ejerce o pretende ejercer funciones de responsabilidad pública, pues puede ser un factor relevante para evaluar su idoneidad para el cargo. CEDH N° 13704/88, *Schwabe v. Austria*, de 28 de agosto de 1992, párrafos 32 y 34. El cumplimiento de la condena no limita, en estos casos, el derecho de la comunidad a recordarlo y hacerlo presente.

³⁹⁸ Obviamente el problema central es cómo determinar si un hecho tienen o no interés social. La fórmula americana de entregar ese criterio al público, o a los públicos, como único juez legítimo para hacerlo, equivale a hacer prevalecer en la gran mayoría de los casos el interés colectivo por sobre el interés individual, o dicho de mejor manera, la suma de intereses individuales, motivados de mil maneras diversas, por sobre un derecho humano fundamental que afecte a uno o más individuos.

³⁹⁹ El derecho del privado se tutela, en consecuencia, no vetando el acopio o utilización de los datos, sino previendo un consentimiento explícito del afectado y diseñando, gracias a las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, “zonas opacas” con datos que el sistema deja al margen de un posible aprovechamiento.

Se instaura así, en lo relativo a la protección de los datos personales, una especie de escala ideal, que va desde un máximo de transparencia -para las informaciones accesibles a cualquiera- a un

iii.- Necesidades de seguridad pública frente a los antecedentes penales

El objetivo de la reinserción y resocialización de quien ha cometido un delito, que sirve de base a una de las más clásicas versiones del “derecho al olvido”, también puede chocar con otros intereses jurídicos relevantes, obligándonos a un nuevo ejercicio de ponderación. El objetivo de prevención general de la pena, las políticas y prácticas de seguridad y la exigencia de publicidad del proceso, por ejemplo, obligan a divulgar cierta información judicial.

El objetivo de la prevención general de la pena, más allá de su legitimidad en un sistema constitucionalmente fundado sobre la idea de “dignidad humana”, puede considerarse cumplido con la publicidad dada a la sentencia y eventualmente al caso mismo por parte del tribunal y la prensa.

Más crítica parece la existencia de registros públicos de infractores con antecedentes penales, o incluso comerciales (deudas, etc.), generalmente fundados en “necesidades de seguridad pública”.

El mayor desarrollo de este tipo de registros ha sido observado en EE.UU.⁴⁰⁰, donde su constitucionalidad fue expresamente validada, incluso cuando ello implicaba dar acceso a la prensa y publicidad a las víctimas de delitos sexuales⁴⁰¹, y pueden ser fácilmente consultados, incluso por internet⁴⁰².

Estos registros no sólo resultan cuestionables desde el punto de vista de la dignidad personal, el objetivo resocializador de la pena y su utilidad para prevenir futuros delitos, sino que habitualmente afectan otros derechos constitucionales específicos, como la no retroactividad de la ley (ex post facto, que en este caso cambia a posteriori los efectos jurídicos vinculados a la comisión de un delito, agravando la pena) y el debido proceso legal (due process of law)⁴⁰³, así como la

mínimo, relativo a los datos más íntimos, como los referentes a la salud o a la vida sexual de la persona. Giancarlo ROLLA (2002), ob. cit., nota 305, p. 153.

⁴⁰⁰ Desde 1994, EE.UU. ha sido pionero en este tipo de registros. La norma más importante es la *Megan's Law* de New Jersey, y muchas leyes similares reciben su nombre (Megan es el nombre de una niña asesinada por un condenado por delitos sexuales).

⁴⁰¹ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

En España se levantó cierta polémica en torno a la supuesta decisión adoptada por las Cortes de Castilla la Mancha de crear un fichero o listado de Maltratadores de Género, aunque ella en realidad sólo consistió en permitir la publicidad de sentencias firmes condenatorias sobre violencia doméstica con el consentimiento de la víctima o de las personas afectadas.

⁴⁰² Ver, por todos, el catálogo disponible en la página web del FBI. Disponible en: <http://www.fbi.gov/scams-safety/registry> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2014).

⁴⁰³ La tensión entre la existencia de estos registros y los derechos señalados se hizo evidente en el caso *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003), que cuestionaba la pretensión de retroactividad de la Ley de Registro de Delincuentes Sexuales de Alaska y su carácter punitivo. La base de datos pública (disponible en internet) incluía el nombre del delincuente, su alias, dirección, fotografía, descripción física, número de licencia de conducir, números de identificación de vehículos de motor, lugar de trabajo, fecha de nacimiento, el crimen cometido, la fecha y el lugar de la condena, y la duración y las condiciones de sentencia. En cambio, se mantenían como confidenciales las huellas dactilares, el número de seguro social, el cambio previsto de la dirección, y el tratamiento médico recibido después de cometido el delito. El TSA señaló, en un fallo dividido (6-3), que la difusión no era lo suficientemente relevante como para considerarse una pena y que salvo fuertes pruebas en contrario, debía estarse a la intención declarada del legislador, que en este caso señalaba que el objetivo principal del registro era de protección de la comunidad. Agregó que el registro no se fundamentaba en la peligrosidad del sujeto (no era derecho penal de autor) sino en el antecedente objetivo y público de una condena previa, y que

igualdad ante la ley, al exponer sólo a un grupo dentro de un grupo de personas que estaban en idéntica condición: los condenados⁴⁰⁴. Por ello, incluso allí donde son permitidos, incorporan normas sobre prescripción de delitos y cancelación de antecedentes penales, civiles y comerciales.

Cabe señalar que uno de los principales objetivos de la alta protección generalmente dada a la crónica judicial tiene por objeto permitir a la opinión pública el conocimiento y escrutinio del sistema penal y las actuaciones de sus tribunales, así como de los hechos delictivos, por lo que es posible considerar restricciones referidas a los nombres de los involucrados sin afectar estos objetivos.

Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana nuevamente marca una nota discordante en esta materia, al señalar que cada elemento de la noticia es relevante, rechazando los reclamos fundados en la falta de necesidad de que un nombre hubiese sido revelado⁴⁰⁵.

Asimismo, se protege la publicación de la historia criminal, como lo muestra la firme actitud de Wikipedia frente al reclamo de los dos ciudadanos alemanes condenados por el asesinato de un famoso actor, y que son mencionados en la página del mismo⁴⁰⁶.

Pero más allá de este criterio, podemos encontrar ciertas señales de apertura que sostienen, por ejemplo, que los avances técnicos han cambiado radicalmente el equilibrio alcanzado entre la necesidad de divulgar la información judicial y el derecho individual a ser olvidado⁴⁰⁷.

iv.- Necesidad de conocer los criterios y decisiones judiciales

Existe pleno consenso sobre la importancia de la publicidad procesal, frente a las partes y frente a terceros, así como sobre la necesidad de garantizar un pronunciamiento público de la sentencia⁴⁰⁸.

Las razones que justifican la publicidad de las actuaciones judiciales como una situación de libertad de información especialmente protegida, se fundan en la necesidad de contar con una opinión pública informada sobre la actividad de los tribunales y el funcionamiento del sistema jurídico, de manera tal que pueda escrutar, opinar, cuestionar sobre uno de los órganos más críticamente poderosos del Estado. Asimismo, la confianza en la justicia (imparcialidad de los tribunales, imperio del derecho, respeto del debido proceso, etc.) dependerá también de esta publicidad y constituye el mejor aliciente para el autocontrol y buen desempeño judicial (control social).

por lo mismo, no podía ser objeto de restricción. Ver también: *Smith v. Doe*, 133, S. Ct, 1343-1345 (2003); y *Doe I v. Otte*, 259 F3d 979 (9th circ.2001)

⁴⁰⁴ *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003), opiniones concurrentes.

⁴⁰⁵ *Uranga v. Federal Publication Inc*, Idaho, Supreme Court No. 27118 (14 de Febrero de 2003).

⁴⁰⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Walter_Sedlmayr. ROSEN reenvía a John SCHWARTZ, "Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent", N.Y. TIMES, Nov. 12, 2009, at A13.

⁴⁰⁷ *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749 (1989).

⁴⁰⁸ Ver, por todas, el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, debe distinguirse entre publicidad de las actuaciones procesales de la publicación más o menos masiva de las mismas. De hecho, ambas obedecen a objetivos diferentes, lo que queda en evidencia por el hecho de que la mayoría de las sentencias no son objeto de publicidad mediática alguna.

En los dos casos recientemente señalados, la publicidad del proceso y de la sentencia podría perder valor y ceder frente a otros derechos una vez que los objetivos que se buscaban hayan sido satisfechos, lo que típicamente ocurrirá con el transcurso del tiempo.

En este esquema, se podrán impetrar una serie de medidas, de distinta graduación según las circunstancias del caso, y que podrán ir desde la prohibición de reproducir los nombres y demás señas características de los condenados rehabilitados (fotografías, etc.), hasta la prohibición absoluta de divulgar ciertos antecedentes carentes de interés público, siempre dentro del encuadre de un juicio de ponderación o balanceo circunstanciado (la cercanía de un proceso ante jurados que afecte a la misma persona, etc.).

Finalmente, hay otro tipo de publicidad de las actuaciones judiciales, y en especial de las sentencias, que precisa de otro nivel de información y que por su propia naturaleza puede ser objeto de un tratamiento diferente: el estudio del derecho por medio de la jurisprudencia por parte de investigadores y operadores jurídicos (abogados, historiadores, etc.) y que enfrenta igualmente importantes desafíos⁴⁰⁹.

En efecto, el reciente acceso a la jurisprudencia mediante bases de datos electrónicas ha permitido aumentar significativamente la cantidad y disponibilidad de las mismas, facilitando su uso impropio: selección laboral, concesión de créditos comerciales, periodismo de entretención (carente de interés público), etc⁴¹⁰. Esta situación ha sido bien advertida por numerosas instancias europeas⁴¹¹, generando diversas propuestas de regulación.

La Directiva 95/46, referida a esta materia, ha señalado que los datos a publicar deben ser pertinentes, adecuados y no excesivos de acuerdo a las finalidades perseguidas⁴¹², y que toda publicidad realizada sin atender realmente al fin legítimo que la autoriza, está prohibida⁴¹³.

Dentro de esta lógica, la necesidad y relevancia de la publicación de información personal para el conocimiento y estudio de la jurisprudencia dentro de un sistema jurídico es más que cuestionable. A diferencia de lo que ocurre con jueces e incluso con los abogados, rara vez el nombre de las partes y testigos será un

⁴⁰⁹ Seguiremos en este punto el desarrollo realizado por Cécile de TERWAGNE, *“Diffusion de la Jurisprudence Via Internet dans les Pays de l’Union Européenne et Règles Applicables aux Données Personnelles”* (2005).

⁴¹⁰ La accesibilidad de la jurisprudencia está generando riesgos y desafíos que nunca habían estado presentes en la historia jurídica.

⁴¹¹ Cécile de TERWAGNE (2005), ob. cit., nota 409. Ella se refiere a una serie de documentos que ya no se encuentran disponibles en internet (Groupe de protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel, avis 3/99 du 3 mai 1999 concernant l’information émanant du secteur public et la protection des données à caractère personnel, p. 7, http://europa.eu.int/comm/internal_market/eu/media/dataprot/wpdocs/wp20/fr.pdf de 2001 CNIL, Délibération 01-057 du 29 novembre, Avis 07/98. Disponible à l’adresse: <http://www.privacy.fgov.be>)

⁴¹² Artículo 4 párrafo 1er, c).

⁴¹³ Art. 6, párrafo 1er b).

aporte para la comprensión de la justicia y su funcionamiento, o para el control de las actuaciones jurisdiccionales, por lo que pueden gozar de niveles más elevados de protección⁴¹⁴. Muchos países han avanzado en este sentido, permitiendo esta publicidad sólo para fines de “documentación, estudio y de investigación en el campo jurídico”⁴¹⁵.

Por otro lado, en los países que forman la Comunidad Europea existe un amplio consenso respecto al uso del anonimato sin petición de parte como regla general en la publicidad masiva dada a las actuaciones judiciales⁴¹⁶. Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Holanda, Polonia, Portugal y la República Checa utilizan este criterio y Dinamarca, Italia, Suecia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea utilizan un anonimato parcial de primera instancia. Sólo Reino Unido se mantiene aferrado a la tradición de dar plena publicidad a los nombres de los involucrados⁴¹⁷.

Cabe señalar que ninguno de estos países ha dejado de utilizar los datos completos para dar pronunciamiento público de la sentencia, y lo mismo ocurre con el material que se conserva en los archivos judiciales y que son accesibles a público. El anonimato sólo se aplica a la publicación masiva⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Por ello, pueden ser publicados, pero en forma no excesiva, de acuerdo al principio de proporcionalidad, por ejemplo limitando su publicidad al formato papel o en bases electrónicas no indexables, sólo por un tiempo, por decisión fundada del tribunal, etc), de acuerdo al verdadero interés de su publicación.

⁴¹⁵ Autorización N° 7 de 2002 del *Garante per la protezione dei dati personali* Italiano, sobre los datos personales de naturaleza judicial. La Recomendación R (95) 11 del Consejo de Europa, de 11 de septiembre de 1995 señala criterios que van en la misma dirección.

⁴¹⁶ Desgraciadamente, no se han regulado las bases de datos privadas.

⁴¹⁷ Toda esta información, al igual que mucha de la utilizada en esta sección, ha sido tomada de Cécile de TERWAGNE (2005), ob. cit., nota 409.

⁴¹⁸ La Comisión Nacional de la Informática y la Libertad (CNIL) francesa, incluso ha señalado que el riesgo de la pérdida de control sobre la información, sumado a los riesgos del abuso de las finalidades para la publicación son de tal magnitud, que la única manera de garantizar una adecuada protección de los derechos es consiguiendo el consentimiento expreso de los involucrados.

CAPÍTULO V: MEDIDAS ESTABLECIDAS PARA PROTEGER LAS NECESIDADES DE UNA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FRENTE A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

I.- Criterios establecidos por el convenio europeo de derechos humanos para la limitación de la libertad de expresión. Especial referencia a la necesidad de proteger la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

El art 10.2 Constitución Española señala que las normas relativas a los derechos fundamentales, y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

Adicionalmente, el art. 96 de la Constitución Española señala que los tratados válidamente celebrados forman parte del ordenamiento jurídico español una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado.

Por ello, el derecho internacional tendrá una gran relevancia a la hora de interpretar y establecer límites a los derechos fundamentales como a sus posibles restricciones y configuraciones⁴¹⁹.

No obstante ello, alguna jurisprudencia ha señalado que estos instrumentos no deben considerarse necesariamente como fuentes directas, sino como criterios de interpretación o cánones valiosos, evitando de esta manera la hipertrofia y pérdida de seguridad y coherencia del ordenamiento interno⁴²⁰.

Esta interpretación de alguna manera es consistente con el criterio del “margen de apreciación” ofrecido a los Estados en la implementación de las medidas que busquen proteger y desarrollar los derechos establecidos por la Convención Europea, es también una muestra de la flexibilidad y relativa indeterminación de los mismos, que puede verse en forma clara en la jurisprudencia recaída sobre el art. 10, tanto respecto de su contenido, como de sus posibles motivaciones de las restricciones legítimas⁴²¹.

Ello es particularmente relevante cuando analizamos la libertad de expresión, ya que su consagración positiva es muy diferente en unos textos y otros, y en particular, en relación con la Constitución⁴²².

El art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es sin duda el texto más relevante para estos efectos⁴²³, y ha llamado mucho la atención de la

⁴¹⁹ Este punto es desarrollado con amplitud al analizar la influencia de la CEDH en la doctrina y jurisprudencia española.

⁴²⁰ STC 38/1981, FJ4; STC 64/1991, FJ 4. Asimismo, ante las diferencias entre diversos instrumentos, podría invocarse el principio *pro homine*, que invita a la aplicación del criterio más favorable a la persona.

⁴²¹ CEDH No 17851/91, *Vogt v. Alemania*, de 26 de septiembre de 1995, párrafo 53.

⁴²² Como hemos ya señalado, la Constitución hace un tratamiento diferenciado entre el derecho a la libertad de expresión y el de información, lo cual no es generalmente reconocido en los textos internacionales, por mucho que el sentido de todos ellos y los objetivos buscados apunten en general a los mismos objetivos.

⁴²³ Esta norma debe interpretarse en consonancia con el 18 CEDH, que regula y establece límites y resguardos a la limitación injustificada o excesiva de los derechos fundamentales.

doctrina, pues a diferencia de otros tratados establece en forma expresa causales y condiciones que permiten regular y limitar la libertad de expresión⁴²⁴.

A nuestro juicio, el párrafo en análisis es un reflejo del reconocimiento de la lógica de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales, por lo que su contenido debió haberse considerado presente aún sin que hubiese sido necesario incorporarlo y no puede quedar limitado a las causales señaladas lo que impide considerar a la enumeración de causales que realiza como taxativa, por mucho que ellas sean con ventaja las más frecuentes y relevantes. Sin embargo, su incorporación presta gran utilidad a la hora de reducir el debate doctrinal sobre la posibilidad de adoptar medidas hacerlo y las circunstancias que deben concurrir para ello, así como de la pertinencia de la utilización de la técnica del balanceo en estas materias. De esta manera, al encauzar el análisis de las posibles limitaciones y someterlo a requisitos específicos, puede considerarse que este párrafo constituye una garantía a la libertad de expresión más que una ventana abierta a su restricción o limitación.

1.- Novedad y utilidad del art. 10.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra la libertad de expresión y algunos de sus límites.

Si bien su primera parte es similar y consistente con todas las declaraciones de derechos a nivel comparado, su segunda parte (art. 10.2) ha llamado la atención de la doctrina internacional, pues hace referencia a los “deberes y responsabilidades” que su ejercicio implica, y porque señala expresamente que este derecho, universalmente reconocido como uno de los pilares fundamentales del orden democrático y de la libertad personal, admite “ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones”, siendo el único instrumento de su tipo que trata esta materia en forma expresa⁴²⁵.

⁴²⁴ El Convenio Europeo dispone, en el párrafo 2 del artículo 10, que el ejercicio de la libertad de expresión puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Sin embargo, el artículo 13 de la Convención Americana sólo autoriza el establecimiento de responsabilidades ulteriores las que de acuerdo a su párrafo 2 deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

Geoffrey ROBERTSON critica esta segunda parte del artículo, destacando, en contraste, la libertad que existe en Estados Unidos para acceder a los expedientes e ingresar a las salas de audiencia. Geoffrey ROBERTSON QC, *“The media and judicial corruption”*, p 108. en Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems. Transparency International. Cambridge University Press (2007).

⁴²⁵ En concreto, el art. 10 CEDH dispone que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las

A nuestro juicio, lo señalado en el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es sólo una diferencia formal con otros textos, por lo que no debiera generar mayores sorpresas o revuelos en el plano doctrinal u operativo. De hecho, no es más que una manifestación o exteriorización de la lógica dominante en materia de derechos fundamentales⁴²⁶, ampliamente conocida y aceptada a nivel doctrinario y jurisprudencial, y que preconiza el carácter limitado o limitable de todo derecho, así como a la posibilidad de balancearlos y armonizarlos con otros bienes protegidos, de acuerdo a su propia naturaleza y a todas las circunstancias que acompañan a cada caso.

El carácter evidente de su contenido no quiere decir que sea redundante. Por el contrario, creemos que la existencia del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos presta mucha utilidad. Gracias a ella, y a las pautas y guías que ofrece, se orienta la discusión, se reducen los debates doctrinarios (potencialmente infinitos) y se ofrecen mayores garantías de certeza y estabilidad sobre el contenido de los derechos y la forma en que serán abordados en sede jurisdiccional.

Este punto debe ser especialmente valorado, dado que se trata de una materia de crucial importancia a la hora de realizar ejercicios de interpretación y balanceo⁴²⁷.

Si hoy la técnica de la ponderación se encuentra masificada y es considerada como uno de los mecanismos esenciales de la interpretación constitucional (especialmente en materia de colisión y solución de conflictos entre derechos y otros bienes relevantes), en buena medida ello se ha debido a la orientación realizada por los propios textos que consagran los derechos. Abordaremos este punto con más detalle en las páginas que siguen.

empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Para entender la sorpresa cabe recordar que la Primera Enmienda de la Constitución Americana señala que “El congreso no podrá hacer ninguna ley que restrinja la libertad de expresión o de prensa”, aunque como hemos ya señalado, en la práctica, la interpretación de la misma no ha tenido la severidad que aparentemente sugiere el tenor literal de la norma. Hemos desarrollado este punto en el capítulo referido a la influencia norteamericana.

⁴²⁶ Al menos nos referimos a las posturas que parecen ser las mayoritariamente dominantes. Araceli MANGAS en relación al apartado 1 del artículo 52 de la Carta Europea de Derechos Humanos, señala que “los derechos pueden tener limitaciones y serán admisibles si sean acordado en la ley, responde el objetivo de interés general o de respeto de otros derechos, no desnaturalizan o hacen imposible el propio derecho o libertad y si son proporcionadas”. Sin embargo, luego señala que algunos derechos excepcionales no conocen limitaciones y sus prohibiciones son absolutas (tortura, etc). MANGAS (2008), ob. cit., nota 101, p. 833.

⁴²⁷ Sin embargo, es necesario reconocer que si bien este aporte es relevante, y apunta a uno de los asuntos de más relevancia para el mundo de los derechos fundamentales, sólo reduce el debate sobre la naturaleza y extensión de los mismos, y abrirá también otras interrogantes que poco a poco será necesario resolver.

2.- Taxatividad de las causales señaladas en el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Una de las interrogantes que plantea el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dice relación con el carácter taxativo o no taxativo de las causales o propósitos de interés general que permiten regular o restringir la libertad de expresión⁴²⁸.

Para la amplia doctrina que sostiene que la limitación es una característica de la esencia de todos los derechos fundamentales, y asimismo, que ella debe realizarse sobre la base de un juicio de ponderación realizado en concreto, esta pregunta es de fácil solución.

En efecto, si cualquier derecho o bien protegido puede y debe ser “balanceado” con los demás, es evidente que jamás podría establecerse una lista cerrada o taxativa, siendo la señalada por la norma meramente ejemplar, aunque reúne, probablemente, los criterios aceptados como de mayor relevancia y recurrencia. Así lo ha entendido el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴²⁹. De acuerdo a esta lógica, el segundo párrafo del artículo 10 podría ser considerado innecesario, pues no hace otra cosa que reiterar un aspecto básico de la doctrina general de los derechos fundamentales.

Pero este argumento, aunque resulte en cierta forma correcto (en cuanto a que el contenido del artículo 10.2 hubiera estado presente en el Convenio Europeo aún sin que se hubiese incorporado, así como también respecto a que pueden existir otros bienes protegidos y factores que incidan en el proceso de balanceo que no se encuentren allí mencionados, puede resultar potencialmente peligroso y en ningún caso debiera llevar a hacernos preferir un modelo donde estas limitaciones no hubiesen sido de algún modo señaladas⁴³⁰.

En efecto, el argumento de la “redundancia” del párrafo 2 no considera que la tarea de dar efectividad y protección a los derechos no sucede en un mundo culturalmente homogéneo ni objetivo, sino todo lo contrario. Por ello, una guía básica, flexible, como la que otorga el párrafo 2, permite aumentar los niveles de confianza y predictibilidad del trabajo jurisprudencial, garantizando a los usuarios criterios y contenidos mínimos, al menos en lo esencial.

Apoyando la tesis del carácter no taxativo del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, está la posibilidad de la existencia de principios o derechos “implícitos”. Nadie discutiría, por ejemplo, que la omisión de un derecho esencial (el derecho a un juicio justo⁴³¹, la libertad de expresión, o cualquier otro), pudiera llevarnos a sostener que ellos no se encuentran

⁴²⁸ Recordemos que una discusión similar se plantea respecto a las limitaciones señaladas en el párrafo 4 del artículo 20 de la CE. Estimamos que para ambos casos, las respuestas y los razonamientos son las mismas.

⁴²⁹ Algunos casos de carácter ejemplar y no taxativo: CEDH No 25390/94, *Rékevényi v. Hungría*, de 20 de Mayo de 1999, párrafos 41 y 47 (sobre la confianza en la neutralidad de la policía); CEDH No 29590/96, *Yağmurdereli v. Turquía*, de 4 de Junio de 2002, párrafo 40 (sobre el orden público); y CEDH No 15394/02, *Ilicak v. Turquía*, de 5 Abril de 2007, párrafo 32 (sobre el carácter laico y no confesional del sistema político turco).

⁴³⁰ Como puede verse, la lógica seguida en este punto es idéntica a la señalada más arriba respecto de la pertinencia de incorporar el párrafo donde se encuentran estas causales.

⁴³¹ Es de importancia destacar que de facto, no está reconocido en forma expresa en la CE, así como en otros textos fundamentales, como la Constitución chilena.

protegidos ni que carecen de contenido ius fundamental. Sin embargo, la “obviedad” de estos derechos no ha sido razón para dejar de mencionarlos e incluirlos, en la gran mayoría de los casos, en forma expresa, pues las ventajas de su positivización son evidentes.

La misma lógica ha sido aplicada para explicitar la posibilidad de restricción y precisar algunos de los criterios que ella debe considerar. Pero no puede imponerse el peso a los redactores de las normas de agotar las posibilidades de explicitación de su contenido, cabiendo siempre la posibilidad de completarlas adecuadamente mediante un trabajo interpretativo.

3.- Conveniencia de la existencia del art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El segundo párrafo del artículo 10 tiene, además de un alta densidad dogmática, importantes consecuencias prácticas, pues favorece la certeza, ordena la práctica jurídica y, sobretodo, limita los intentos de abrir la caja de Pandora respecto de algunos temas estructurales del sistema de derechos, como por ejemplo la pregunta de si el método de la ponderación es o no el adecuado para enfrentar los complejos problemas propios del mundo ius constitucional.

De esta forma, la expresa incorporación de determinadas motivaciones de interés público en el proceso de ponderación frente a la libertad de expresión⁴³² nos libera de discutir, en cada situación de conflicto planteada, la pertinencia de invocar los bienes y objetivos allí señalados, como causales legítimas y suficientes para motivar las restricciones.

Una interpretación coherente del Convenio Europeo supone reconocer la especial importancia institucional asignada a la libertad de expresión, por lo que los estándares y requisitos exigidos para legitimar una restricción deben ser, en la práctica, particularmente elevados (lo que a su vez asegura la excepcionalidad de las restricciones). De esta manera, la operatividad armonizada de las distintas disposiciones de este instrumento, y en el caso que analizamos, de ambos párrafos del art. 10, garantiza la vigencia del derecho en forma amplia, adecuada, y respetuosa de todos los derechos consagrados. Tanto es así, que podría incluso sostenerse que el párrafo 2 del art. 10 termina ejerciendo un trabajo de reforzamiento del amplio ámbito protegido propio de la libertad de expresión, y no una puerta abierta a las limitaciones, como a simple vista podría parecer. En efecto, sabemos que ningún derecho puede ser ilimitado, y que las restricciones a la libertad de expresión van a existir de todos modos (como puede verse en todos los sistemas conocidos).

En ese escenario, precisar las circunstancias en que dichas restricciones pueden realizarse orientará el trabajo interpretativo, disminuirá los márgenes de discrecionalidad (especialmente en cuanto a los métodos) y dotará a la jurisprudencia de cierta homogeneidad, fortaleciendo el espacio legítimo del derecho protegido.

⁴³² Las causales citadas parecen ser, con ventaja, las más frecuentes.

Como conclusión de este punto, podemos señalar que todo concepto, modelo o técnica utilizados por cualquier texto normativo podrá ser criticable y tendrá, junto con su particular fortaleza, algunos elementos más débiles o perfectibles.

En el caso analizado, ni la ponderación ni el resto de los criterios señalados escapa a ello. Pero creemos que la incorporación de la parte 2 del artículo 10 de la Convención Europea ofrece una serie de mecanismos y criterios razonables y suficientemente buenos, que han prestado gran utilidad al trabajo de protección y garantía de los derechos fundamentales, generando más beneficios que problemas. Por ello, su inclusión en el texto de la Convención Europea parece plenamente justificada, constituyendo un ejemplo digno de ser replicado en otros sistemas de similares.

4.- Primer criterio interpretativo general de la convención europea: el reconocimiento de un “margen de apreciación” en la aplicación y cumplimiento de los derechos establecidos en ella.

Otra muestra de la incorporación de la lógica de la ponderación a la Carta Europea, de su prudencia política de base y del carácter no rígido de los derechos, es el expreso reconocimiento de un “cierto margen de apreciación” con el que cuentan los Estados miembros para determinar el contenido de los derechos protegidos, así como las medidas necesarias para protegerlos, regularlos, restringirlos, y en caso de conflicto, determinar cuál de ellos debe prevalecer⁴³³.

Como antes hemos señalado, el carácter subsidiario del control realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo puede construirse sobre la base de cierto margen de tolerancia y amplitud, donde pueden caber diferentes soluciones “suficientemente buenas” y que pueden obedecer tanto a criterios de apreciación diferentes como a las particularidades de cada país y cada caso. La diversidad cultural y el pluralismo de valores, estilos de vida, costumbres y tradiciones jurídicas que en ella puede observarse es en este sentido una realidad que exige espacios para diversas formas de dar efectividad a la normativa internacional⁴³⁴.

Asimismo, dentro de la propia lógica de la ponderación cabe la posibilidad de múltiples soluciones adecuadas, donde el factor prudencial y subjetivo,

⁴³³ CEDH No 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 Septiembre de 1994, párrafo 55. El margen de apreciación permite, por ejemplo, decidir si se iniciarán o no procedimientos contra alguna persona. CEDH No 6969801/01, *Stoll v. Suiza*, de 10 de Diciembre de 2007, párrafo 159. Además, en este caso agrega que en la medida impuesta las autoridades domésticas no habían traspasado el margen de apreciación correspondiente (párrafo 162). Además, ver CEDH No 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986, párrafo 45.

⁴³⁴ Para algunos, esta diversidad no sería tan evidente en el plano latinoamericano, aunque ello nos parece sólo producto del desconocimiento de la realidad local. O más bien, de un conocimiento de la misma limitado a sus grupos dominantes, en los que quizá podría verse una cultura de carácter más homogéneo.

Sin embargo, para efectos prácticos, ello ha permitido sostener que el sistema americano la doctrina del margen de apreciación no tiene lugar. A nuestro juicio, ello es un error técnico evidente (el margen de apreciación existirá aunque se le prohíba, porque depende antes de los jueces e intérpretes que de la norma) y obedece antes a la falta de confianza en el funcionamiento institucional y democrático de los países de la región que a otra causa, reiterando una diferencia entre ambos sistemas.

fuertemente marcado por la cultura y la tradición de cada país, jugará un rol determinante.

La propia democracia como sistema político, al mismo tiempo de ser estructuralmente el modelo más adecuado para asegurar la protección de los derechos fundamentales, supone la existencia legítima de muchas propuestas diferentes, que serán discutidas dentro de los márgenes del debate político e implementadas de acuerdo a múltiples circunstancias. Ello permitiría sostener que la doctrina del margen de apreciación es un elemento de la esencia de la democracia y de cualquier sistema de protección de derechos⁴³⁵, incluso cuando se sostenga lo contrario⁴³⁶. Además, ninguna de las opciones será neutra en el sentido que cualquier solución, cualquier preferencia, cualquier interpretación, supondrá que algunos derechos tengan más espacios o beneficios que otros, que quedarán, por el contrario, parcialmente limitados. Así, lo relevante será buscar aquellos equilibrios donde los derechos puedan alcanzar su mayor plenitud y armonía, analizados en forma conjunta, pero prescindiendo de la ilusión de un mundo donde las decisiones de garantía y protección no tengan costos o efectos negativos en otros derechos.

El criterio del margen de apreciación puede ser visto como una limitación a la discrecionalidad de las autoridades nacionales, y de alguna manera, todo el sistema de control internacional de derechos fundamentales lo es. El margen de apreciación lo que en realidad permite es equilibrar el poder nacional con el entregado en forma indirecta a órganos internacionales de supervisión. En la práctica, un grupo de personas (los miembros de los tribunales internacionales) no pueden tener derecho a veto sobre las políticas implementadas por los representantes de millones de ciudadanos, salvo que ellas se consideren del todo ajenas al encuadre de los derechos reconocidos internacionalmente⁴³⁷.

Asimismo, al desarrollar el criterio del “margen de aplicación” el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado un hecho evidente: las autoridades nacionales tienen una mejor posición que un observador externo para determinar el mérito de las circunstancias, así como la efectividad y razonabilidad de las medidas adoptadas⁴³⁸.

⁴³⁵ MAHONEY señala que: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos está basado en una determinada filosofía política, según la cual la democracia política es el mejor sistema de gobierno para asegurar el respeto de las libertades fundamentales y de los derechos humanos. Cualquier teoría sobre la interpretación o la revisión que pueda hacer la Corte debe ser compatible con este supuesto básico de teoría política. En una sociedad democrática pluralista en varios de los temas cubiertos por el Convenio existirá un espectro de opiniones diferentes pero aceptables. La decisión de la Corte respecto de algún punto del Convenio se referirá frecuentemente a determinar si la opción de las autoridades nacionales se ha mantenido dentro del espectro permisible. Paul MAHONEY, *“Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”*, Human Rights Law Journal, Volume 11, Number 1 (1990), p. 81.

⁴³⁶ En el sistema Americano se ha dicho que este mecanismo no es aplicable, lo que nos parece un error.

⁴³⁷ Paul MAHONEY, *“Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism”*, Human Rights Law Journal, Volume 19, Number 1 (1998), p. 3.

⁴³⁸ CEDH No 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafo 48; CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre de 1996, párrafo 63. BUJOSA recuerda que el “principio de subsidiaridad”, que supone que los tribunales de un país tienen mejor posición para observar los detalles de un asunto que resolverlo correctamente,

Por otro lado, hay también razones operativas, de eficiencia y economía procesal, que aconsejan no revisar todas las decisiones locales, del mismo modo que los tribunales superiores de cada país muchas veces lo hacen, reservando su trabajo sólo a aquellos casos de mayor interés y relevancia. Por ello, en el control de estos “márgenes”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido un especial cuidado, y sólo ha declarado la violación del Convenio en los casos que las medidas cuestionadas se aparten significativamente de los estándares garantizados por el Convenio (lo que ciertamente también supondrá un juicio prudencial). En todo caso, se contemplan amplios espacios para que los Estados justifiquen y demuestren la necesidad, proporcionalidad y pertinencia de las medidas adoptadas⁴³⁹.

Cabe recordar que ello tampoco significa que el contenido de los derechos señalados en el Convenio Europeo sea del todo relativo, ni que las autoridades nacionales gocen de libertad para determinar el contenido y alcances de los derechos protegidos⁴⁴⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy claro en este punto, señalando que es a él a quien corresponde la última palabra respecto del cumplimiento dado al contenido del tratado por un país (ya sea por medio de leyes o de sentencias judiciales⁴⁴¹), señalando, adicionalmente, que existen “contenidos mínimos” que siempre debieran ser considerados y respetados⁴⁴².

El “margen de apreciación” reconocido a los Estados para determinar la manera de tutelar los derechos señalados por el Convenio Europeo se relaciona con todos sus aspectos. Por ello, puede referirse tanto al tipo de derecho que deba protegerse⁴⁴³, a la elección de las medidas⁴⁴⁴, a las circunstancias que la justifican⁴⁴⁵, a la materia de que se trate⁴⁴⁶, a los criterios utilizados para

también tiene excepciones. Lorenzo M. BUJOSA, “*Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*”, Editorial Tecnos (1997) p.26.

⁴³⁹ CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre de 1996, párrafo 58; y CEDH No 10890/84, *Groppera Radio AG y otros v. Suiza*, de 28 de Marzo de 1990, párrafo 72.

⁴⁴⁰ CEDH No 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo de 1988, párrafo 32.

⁴⁴¹ CEDH No 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril de 1992, párrafo 46. De hecho, un criterio utilizado reiteradamente para determinar el buen o mal uso de este margen de apreciación ha sido la justificación de la relevancia y suficiencia de las razones que la motivaron, como puede apreciarse, por ejemplo, en el caso *Hachette Filipacchi Associés v. Francia* (CEDH No 71111/01, de 12 de noviembre de 2007); el caso *Ciloglu y otros v. Turquía* (CEDH No 73333/01, de 6 de marzo de 2007); y el caso *Silay v. Turquía* (CEDH No 8691/02, de 5 de abril de 2007). Además, el artículo 53 de la CEDH establece que “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte”.

⁴⁴² CEDH No 11508/85, *Barfod v. Dinamarca*, de 22 de Febrero de 1989.

⁴⁴³ CEDH No 59/1997/843/1049, *Hertel v. Suiza*, de 25 de Agosto de 1998, párrafo 47; CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre de 1996, párrafos 56 y 58; CEDH No 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 Septiembre de 1994, párrafo 26.

⁴⁴⁴ CEDH No 67/1997/851/1058, *Steel y otros v. Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998, párrafo 101; CEDH No 13308/87, *Chorherr v. Austria*, de 25 de Agosto de 1993, párrafo 31. Obviamente, las medidas más duras y severas el margen de apreciación será analizado más restrictivamente.

⁴⁴⁵ CEDH No 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 Septiembre de 1994, párrafo 50.

⁴⁴⁶ Ver cita siguiente.

determinar los elementos en juego y ponderar los bienes afectados, o a cualquier otra situación relevante.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado ya algunos criterios ilustrativos sobre la utilización de estos espacios de discrecionalidad.

Así, por ejemplo, ha señalado que los márgenes de apreciación serán más estrechos cuando la restricción afecte mensajes de contenido político, dado el fuerte impacto que su restricción puede tener en la calidad de la democracia⁴⁴⁷ y en la protección de los demás derechos. Por otro lado, los márgenes serán mayores cuando se refieran a expresiones comerciales (publicidad) y variables cuando afecten situaciones vinculadas a la salud pública⁴⁴⁸. Asimismo, se aprecia un margen de apreciación muy variable frente a las medidas que puedan resultar ofensivas respecto a creencias religiosas o morales⁴⁴⁹.

5.- Requisitos específicos señalados por el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión.

A lo largo de este trabajo hemos señalado reiteradamente que los Estados pueden adoptar medidas que restrinjan la libertad de expresión, recurriendo para ello a un proceso de balanceo. Naturalmente, los efectos del mismo serán de carácter más permanente, cuando dicho ejercicio sea realizado por el legislador, y más casuístico y contingente cuando su origen sea judicial. Dado que los procesos de ponderación entre derechos fundamentales ofrecen un amplio abanico de soluciones y posibilidades, que dependerán siempre de las diversas circunstancias del caso y de los criterios de valoración utilizados por los intérpretes, la Convención ha señalado algunos criterios ordenadores, que permitirán guiar este

⁴⁴⁷ Entre muchos otros, CEDH No 38743/97, *Demuth v. Suiza*, de 5 de Noviembre de 2002, párrafo 40; CEDH No 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 22 de Agosto de 1994, párrafos 31 y 33; CEDH No 9815/82, *Lingens v. Austria* de 8 de Julio de 1986; CEDH No 11662/85, *Oberschlick v. Austria*, de 23 de Mayo de 1991; CEDH No 13704/88, *Schwabe v. Austria*, de 28 de Agosto de 1992; CEDH No 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo de 1988, párrafo 50; y CEDH No 25390/94, *Rékevényi v. Hungría*, de 20 de Mayo de 1999, párrafo 42 (ii).

⁴⁴⁸ Sin embargo, una necesidad apremiante – una epidemia, por ejemplo – podría afectar y modificar el ejercicio de balanceo, y ofrecer una protección más fuerte en favor o en contra de la expresión de informaciones relativas al caso, según sea más conveniente (evitando la confusión, la desinformación, etc.). CEDH No 59/1997/843/1049, *Hertel v. Suiza*, de 25 de Agosto de 1998, párrafo 47.

⁴⁴⁹ Por ejemplo, en el caso de moralidad pública y en ausencia de la unificación conceptual de la misma, los Tribunales disponen de un margen de apreciación relativamente amplio en la materia; sin embargo en lo que respecta a la autoridad del poder judicial su límite de apreciación es ya bastante más limitado (CEDH No 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre de 1976, párrafo 39). El tribunal sienta su jurisprudencia con el Caso *Lingens*, debido al alto grado de incertidumbre que provocaba el margen de apreciación (CEDH No 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986). Además, ver CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre de 1996, párrafo 56 y 58 (referido a la prohibición de una película). La sentencia de la Corte Suprema de Austria sobre la confiscación de la película “Das Gespenst”, sugiere que si una forma de expresión interfiere con la libertad de conciencia y religión de terceras personas, puede constituir un abuso de la libertad de expresión artística y ser, por lo tanto, contrario al derecho (CEDH No 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 Septiembre de 1994, párrafo 26).

trabajo, uniformando la jurisprudencia y disminuyendo los riesgos de discrecionalidad que inevitablemente supone la forma en que los derechos han sido consagrados.

Estos criterios de algún modo recogen y consolidan los consensos existentes al respecto, ofreciendo un margen de seguridad sobre la operatividad y naturaleza de los derechos, que estimamos ha sido de especial utilidad para la comprensión y protección de la libertad de expresión.

Concretamente, los criterios o requisitos son los siguientes:

- 1) Cualquier medida restrictiva de la libertad de expresión debe estar prevista por ley.
- 2) El propósito de la restricción debe ser legítimo.
- 3) La medida adoptada debe ser proporcionada al fin buscado.
- 4) La medida adoptada debe ser compatible con las exigencias o necesidades de una sociedad democrática.

Conviene señalar que los dos últimos requisitos, aunque claramente diferentes, deben ser analizados en conjunto, pues la proporcionalidad o necesidad de la medida no puede analizarse en abstracto. Ella sólo es comprensible dentro del encuadre dado por la lógica democrática, que supone, entre otros, el respeto por la diversidad y la crítica, una cierta dosis de tolerancia, una valoración del pluralismo, y el reconocimiento de la necesidad y conveniencia de contar con amplia y variada información referida a asuntos de interés público, entre otros.

Antes de iniciar el análisis de estos requisitos, creemos conveniente señalar que en la gran generalidad de los casos, los primeros requisitos se cumplen y prueban fácilmente (especialmente el de legalidad y legitimidad del fin buscado), por lo que generalmente lo que determina la adecuación y legitimidad de la medida tiene que ver con su “proporcionalidad dentro de una sociedad democrática”.

Asimismo, cabe señalar que de no concurrir los requisitos antes señalados, cualquier interferencia con el ejercicio de la libertad de expresión se considerará una violación de la misma⁴⁵⁰.

5.1.- El carácter legal de las restricciones a la libertad de expresión.

A nivel de Derecho comparado, un criterio común es que se exija base legal para facultar a las autoridades a limitar o regular derechos fundamentales. Las razones políticas y de prudencia que justifican esta exigencia son muchas. Pero por razones de espacio, sólo nos referiremos a las de mayor importancia.

En primer lugar, sólo mediante una norma pública, ampliamente conocida, general y suficientemente precisa y clara (todas características propias de una ley), las personas podrán tener garantía de su libertad y certeza de sus posibilidades de acción, reduciendo el riesgo de arbitrariedad y abuso por parte de quienes detentan el poder⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ CEDH No 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafo 35.

⁴⁵¹ Obviamente la ley no opera por sí misma, por lo que debe estar asociada a procesos judiciales justos y desarrollados por jueces imparciales, y estar inserta en un sistema institucional que permita su efectividad.

Por otro lado, en un sistema democrático, la herramienta normativa que cuenta con mayor legitimidad es la ley⁴⁵². Y parece evidente que la norma que restrinja o regule derechos fundamentales debe contar con el máximo de legitimidad que sea posible.

No obstante el valor reconocido a la ley en casi la totalidad de los países del sistema europeo⁴⁵³ (incluso en los países anglosajones se ha incorporado en forma creciente la regulación de la vida jurídica por medio de “actas”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha comprendido esta exigencia en una forma relativamente amplia y no ortodoxa, lo que naturalmente ha sido objeto de numerosos cuestionamientos.

En concreto, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la expresión “ley” puede llegar a referirse al sistema normativo en su totalidad, pues al analizar una norma, valora antes sus características que su condición formal⁴⁵⁴.

De esta forma, incluye dentro del concepto exigido por el art. 10 a las normas del common law⁴⁵⁵ y a las normas internacionales⁴⁵⁶ (criterio que nos parece correcto), pero también a otras normas de naturaleza infra legal⁴⁵⁷, lo que podría abrir espacios a la restricción no democrática de la libertad de expresión⁴⁵⁸. Sin embargo, la relevancia potencial de este riesgo debe ser analizado con paños fríos, dada la permanente prudencia que hasta ahora ha mostrado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su trabajo, que se ve reforzado por su fuerte compromiso con el sistema democrático como único modelo de organización política aceptado⁴⁵⁹.

⁴⁵² Expresión legítima de la voluntad de la nación. el debate parlamentario garantizará adecuados niveles de transparencia, análisis, representatividad, y finalmente control ciudadano efectivo (que junto con ser un criterio a posteriori, su sola existencia opera como mecanismo de control de cada acto actual de los legisladores).

⁴⁵³ Especialmente en un escenario donde la mayoría de los países cuentan con sistemas legales suficientemente bien asentados y contruidos en torno al principio de legalidad. Una prueba de ello es que en la casi totalidad de los casos presentados a la Corte el elemento “establecido por ley” se cumple en forma satisfactoria, reflejando una comprensión uniforme del concepto de ley, tanto desde una perspectiva formal como material.

⁴⁵⁴ Existen sobre el tema opiniones disidentes su opinión disidente en Corte Europea de Derechos Humanos. CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979; y CEDH No 10890/84, *Groppera Radio AG y otros v. Suiza*, de 28 de Marzo de 1990.

⁴⁵⁵ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril 1979, párrafo 47; y CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre 1996, párrafo 40.

⁴⁵⁶ CEDH No 12726/87, *Autronic AG v. Suiza*, de 22 de Mayo de 1990, párrafo 57.

⁴⁵⁷ En el caso *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria* (CEDH No 15153/89, de 19 de Diciembre de 1994, párrafo 31) se aceptó una circular militar como satisfactoria de este primer requisito. Lo mismo respecto de los códigos internos de Asociaciones Gremiales (colegios profesionales); CEDH No 37928/97, *Stambuk v. Alemania*, de 17 de Octubre de 2002, párrafos 25 y 26; y CEDH No 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Bélgica*, de 18 de Junio de 1971, párrafo 93.

⁴⁵⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al igual que la Comisión, a nuestro juicio en forma más correcta, ha entendido la exigencia como referida a la ley en un sentido formal y clásico de la palabra. Es decir, como aquella norma general, emanada del parlamento, de acuerdo a las formalidades señaladas por la Constitución. Ver por ejemplo, CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas* (1985), párrafo 14 de la opinión separada.

⁴⁵⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos utiliza el concepto de “sociedad democrática” en los artículos 6, 8, 10 y 11. Pero más clara y elocuente resulta su jurisprudencia. A modo de ejemplo, citaremos la CEDH No 19392/92, de 30 de Enero 1998, *Parti communiste unifié de*

Finalmente, podemos decir que la delegación que pueda hacer la ley de ciertas facultades discrecionales a la autoridad puede ser aceptada, siempre que ellas queden suficientemente definidas y limitadas, y no constituyan un riesgo de arbitrariedad contra las personas y sus derechos⁴⁶⁰.

Como panorama general, podemos decir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su enfoque flexibilizado del concepto de “ley”, ha considerado una serie de criterios relevantes, más relacionados con la calidad de la misma que con sus formalidades de origen. Así, por ejemplo, ha señalado que para cumplir el requisito de “legalidad” las normas deben ser generales y permanentes, inteligibles por parte de sus potenciales destinatarios, accesibles (que nos parece una exigencia mayor a la clásica exigencia de publicidad)⁴⁶¹, así como que sean precisas, previsibles en cuanto a sus contenidos y consecuencias⁴⁶², y dictadas conforme al derecho interno de cada país (requisito de validez). Analizaremos algunos de ellos.

a.- La norma debe ser accesible para quienes deben cumplirla (publicidad).

Si bien los conceptos de accesibilidad y publicidad son similares, no nos parecen necesariamente equivalentes. La accesibilidad da cuenta de una situación de resultado, por lo que corresponde a una descripción más precisa de lo que realmente se busca. De esta forma, la ley podría ser pública, pero no accesible, por ejemplo, si resulta ininteligible, o si se publica en un lugar de acceso restringido. En cambio parece difícil imaginar la situación de una norma accesible pero no pública.

Evidentemente lo relevante es que la norma sea conocida por las personas que serán afectadas por la misma. Lo que en ningún caso puede exigirse a una autoridad es que la comunidad cumpla con su deber de informarse. Por tanto, lo máximo que puede exigirse es que la norma sea puesta efectivamente a disposición de la comunidad para su conocimiento y se ofrezcan facilidades que la hagan accesible (también podría sostenerse que una norma no es verdaderamente pública si no es accesible ni comprensible por sus destinatarios).

Podrán existir numerosas formas de asegurar el acceso masivo a una norma, y todas ellas podrán ser utilizadas, atendiendo especialmente el tipo de público a

Turquie et al. v. Turquie, párrafos 45 y 46, que señala: “*la démocratie est l’unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle*” (...) “[elle] représente un élément fondamental de l’ordre public européen” (“La democracia es el único modelo político contemplado por la Convención y, por lo tanto, la única compatible con ella” (...) “[ella] (la democracia) representa un elemento fundamental del “orden público europeo”).

⁴⁶⁰ CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre de 1996, párrafo 40.

⁴⁶¹ CEDH No 61/1990/252/323, *Margareta y Roger Andersson v. Suecia*, de 25 de Febrero de 1992, párrafo 75.

⁴⁶² CEDH No 25390/94, *Rékevényi v. Hungría*, de 20 de Mayo 1999, párrafo 34; CEDH No 39288/98, *Association Ekin v. Francia*, de 17 de Julio de 2001, párrafo 44. La CEDH ha precisado en otras ocasiones estas exigencias, pudiendo adaptarse a numerosas situaciones prácticas. Por ejemplo, CEDH No 71111/01, *Hachette Filipacchi Associés v. Francia*, de 12 de noviembre de 2007; por ello, no es posible exigirle claridad absoluta a las normas, ya que todas tienen por definición un elemento vago e interpretable (CEDH No 57045/00, *Zhechev v. Bulgaria*, de 21 de Septiembre de 2007).

que vayan dirigidas. Así, por ejemplo, si la norma es específica, o tiene un carácter claramente local, podrá publicarse en un medio especializado o restringido geográficamente⁴⁶³.

b.- Precisión y claridad de la norma legal.

El fundamento de esta especificación se vincula con lo anterior, y tiene que ver con la correcta delimitación de las consecuencias y responsabilidades que la norma puede imponer a determinadas acciones⁴⁶⁴. Si la norma no es clara, no permitirá dar certezas y seguridades a los que deben obedecerla y aplicarla, aumentando a la vez los espacios para la arbitrariedad y el abuso de poder⁴⁶⁵. Es decir, el contenido normativo debe ser suficientemente claro, así como las consecuencias y sanciones que podrán ser aplicadas⁴⁶⁶. Sólo de esta manera se permitirá que las personas que pueden ser afectadas por ella puedan comportarse en forma segura y previendo las posibles consecuencias de sus acciones⁴⁶⁷.

Ahora bien, sabemos que la claridad y predictibilidad total es una meta inalcanzable en materia legal y especialmente en el mundo de los derechos fundamentales, típicamente construido sobre la base de expresiones y enunciados abiertos a la interpretación⁴⁶⁸. El nivel de precisión será función de las circunstancias propias de la ley (materia tratada, personas a quienes se dirige,

⁴⁶³ En el caso *Groppera* (CEDH No 10890/84, *Groppera Radio AG y otros v. Suiza*, de 28 de Marzo de 1990, párrafo 68), el citado tribunal observó que las disposiciones pertinentes del derecho internacional de las telecomunicaciones eran muy complejas y de un alto contenido técnico (más de mil páginas), que ellas estaban dirigidas a especialistas que sabían cómo obtenerlas, y que podían consultarse en las oficinas de la Administración de Correos y Telecomunicaciones en Berna, o que podían obtenerse de las oficinas de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en Ginebra.

⁴⁶⁴ CEDH No 25390/94, *Rékevényi v. Hungría*, de 20 de Mayo de 1999, párrafo 34.

⁴⁶⁵ La CEDH ha admitido que una restricción legal que no ha sido redactada en términos suficientemente precisos pueda haber sido clarificada mediante la jurisprudencia de un tribunal superior. En tal sentido, en el caso de la sección 78 de la Ley de Propiedad Intelectual de Austria, que prohíbe difundir la fotografía de una persona cuando con ello se pueda afectar sus "legítimos intereses", confiriendo una amplia discreción a los tribunales nacionales, la Corte Europea tuvo en consideración que la noción de "intereses legítimos" había sido interpretada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Austria; por consiguiente, el tribunal europeo estimó que no se podía decir que la aplicación de dicha disposición iba más allá de lo que era previsible en las circunstancias del caso. CEDH No 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero de 2000, párrafo 43; y CEDH No 39288/98, *Association Ekin v. Francia*, de 17 de Julio de 2001, párrafo 46.

⁴⁶⁶ Así por ejemplo, en el caso *Tolstoy Miloslavsky*, se consideró que una condena la cuantía pecuniaria que superaba en 300 por ciento tres al mayor monto otorgado hasta entonces por difamación, no era predecible. Sin embargo, la corte no aceptó este punto, validando la discrecionalidad para fijar condenas pecuniarias dentro del marco legal. CEDH No 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafos 38 y ss.

⁴⁶⁷ CEDH No 25390/94, *Rékevényi v. Hungría*, de 20 de Mayo de 1999, párrafo 34; y CEDH No 15153/89, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, de 19 de Diciembre de 1994, párrafo 31.

⁴⁶⁸ Debido a la propia naturaleza de las disposiciones sobre derechos fundamentales, no podrá exigirse a las mismas el nivel de precisión propio de otras normas. Ello sucede por ejemplo en cuestiones de moralidad pública. CEDH No 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo de 1988, párrafo 29; CEDH No 11800/85, *Ezgelin v. Francia*, de 18 de Marzo de 1991, párrafo 45; y CEDH No 61/1990/252/323, *Margareta y Roger Andersson v. Suecia*, de 25 de Febrero de 1992, párrafo 47.

ámbito de aplicación)⁴⁶⁹ y deberá admitir algunos niveles de imprecisión o ambigüedad. Se deberá tener cuidado, sin embargo, de que estos no dificulten innecesariamente el ejercicio de los derechos, y que no sean más abiertos de lo que podría obtenerse con una técnica superior. Por lo mismo, será inevitable tolerar cierto grado de discrecionalidad, aunque la autoridad deberá siempre mostrar la legalidad y necesidad de su acción, así como la legitimidad de los objetivos perseguidos⁴⁷⁰. Así, por ejemplo, una norma que impide anticipar el monto de una indemnización o de una pena, o que en su aplicación se aleja de las prácticas de un lugar, no cumpliría con este requisito⁴⁷¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las legislaciones nacionales no pueden hacerse cargo de todas las eventualidades, por la que la apreciación de este elemento dependerá de los factores y circunstancias que la acompañan, como por ejemplo su ámbito de aplicación y el tipo de destinatarios⁴⁷².

5.2.- La legitimidad de los propósitos.

Parece innecesario explicar que las restricciones a la libertad de expresión, o a cualquier derecho fundamental, deben estar fundadas en propósitos legítimos⁴⁷³; en caso contrario, sería imposible que vencieran a la libertad de expresión en un ejercicio de ponderación. Sin embargo, cabe destacar el carácter finalista (no procesal ni objetivo) de este criterio, que busca que antes las restricciones tengan una motivación legítima y vinculada al interés general (en vez de criterios formales como cumplimiento de requisitos, facultades legales, etc.).

Por exigencia de este criterio, las normas jurídicas y las sentencias que puedan afectar la libertad de expresión deben verse bajo un criterio finalista. Es posible que en toda operación de reglamentación de derechos este elemento estuviera de todos modos presente en el razonamiento interno del juez o del legislador. Pero

⁴⁶⁹ CEDH No 15153/89, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, de 19 de Diciembre de 1994, párrafo 31.

⁴⁷⁰ CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre de 1996, párrafos 40 y 42.

⁴⁷¹ CEDH No 61/1990/252/323, *Margareta y Roger Andersson v. Suecia*, de 25 de Febrero de 1992, párrafo 47. La indemnización de un millón y medio de libras esterlinas superaba cerca de tres veces a la más alta indemnización impuesta con anterioridad, por lo que se consideró imposible de prever, y por lo mismo, arbitraria. Se hizo referencia en este caso al caso CEDH No 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafo 38, en la que rechazó este argumento y validó la flexibilidad que corresponde a cada tribunal en la aplicación de las normas (CEDH No 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafos 40, 41 y 44). Por el contrario, en el caso CEDH No 6969801/01, *Stoll v. Suiza*, de 10 de Diciembre de 2007, se considera que la multa fijada era proporcional y justa en este caso y que en consideración a lo legal y habiendo sopesado los intereses en juego en el caso (específicamente en el párrafo 162).

⁴⁷² CEDH No 15153/89, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, de 19 de Diciembre de 1994, párrafo 31.

⁴⁷³ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que las leyes que establezcan limitaciones a la libertad de expresión deben dictarse "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Opinión Consultiva OC-6/86, "La Expresión de "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", del 9 de mayo de 1986, párrafo 28.

ahora la Convención lo señala como un criterio necesario y valioso (pese a su carácter claramente subjetivo y valorativo), obligando a su explicitación.

Creemos que el establecimiento de este tipo de criterios puede tener algunos problemas. Más allá de las diferencias legítimas que puedan producirse (que quedarán registradas en la sentencia o en la historia del debate parlamentario), puede suceder también que con el objeto de sortearlo, se invoquen motivaciones aparentes, fáciles de consensuar y defender, ocultando los verdaderos criterios, que podrán ser menos defendibles o derechamente ilegítimos. Si la operación no es burda, o si se combinan objetivos principales y secundarios, declarando sólo alguno de ellos, es posible que el requisito sea sorteado exitosamente, lo que obliga a las instancias revisoras y garantes a ser especialmente cuidadosos y restrictivos a la hora de aceptar restricciones a la libertad de expresión.

Finalmente, cabe recordar que aunque la propia Convención señala algunas causales, el catálogo no debe considerarse por ello como restringido.

5.3.- La compatibilidad con las exigencias y necesidades de una sociedad democrática.

Superados los requisitos anteriores (cosa que normalmente ocurrirá en la gran mayoría de los casos), corresponde analizar si la restricción ha sido necesaria en una sociedad democrática.

Estadísticamente, este elemento es el que presenta mayores controversias y dificultades en la interpretación y determinación de los alcances del artículo 10 de la Convención, y por lo mismo, es el de mayor relevancia práctica y doctrinaria.

Asimismo, desde la doctrina de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional, esta exigencia puede vincularse con el “principio de proporcionalidad” como elemento nuclear del proceso ponderativo, que exige que la medida tomada (la afectación de un derecho) sea razonable y adecuada en relación al legítimo propósito que se persigue.

a.- Algunos criterios utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la pertinencia y necesidad de una medida en el contexto de una sociedad democrática.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado algunos criterios que nos permitirán comprender mejor esta exigencia y que pueden ser de gran utilidad como criterios jurisprudenciales de cualquier jurisdicción. Analizaremos algunos de ellos.

1) En primer lugar, las razones que justifican la restricción deben ser "relevantes y suficientes"⁴⁷⁴, lo que implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”,

⁴⁷⁴ CEDH No 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre de 1976, párrafo 50; CEDH No 8734/79, *Barthold v. República Federal de Alemania*, de 25 Marzo de 1985, párrafo 58; CEDH No 12726/87, *Autronic AG v. Suiza*, del 22 de Mayo de 1990; CEDH No 13585/88, *Observer Guardian v. Reino Unido*, de 16 de Noviembre de 1991; CEDH No 15153/89, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, de 19 de Diciembre de 1994; CEDH No 13470/87, *Otto-Preminger Institut v. Austria*, de 23 Agosto de 1994; CEDH No 17488/90, *Goodwin v. Reino Unido*, de 27 de Marzo de 1996, párrafo 45; CEDH No 23118/93, *Nielsen Johnsen v. Noruega*, de 25 de Noviembre de 1999, párrafo 43; CEDH No 31457/96, *News Verlags GmbH*

aunque no de una situación desesperada que las vuelva indispensables. Es decir, ni se refiere a la conveniencia o razonabilidad de una medida, ni a situaciones desesperadas donde ya no queden más recursos⁴⁷⁵.

2) Un criterio que puede permitir ilustrar esta exigencia proviene del derecho norteamericano y fue desarrollado a principios del siglo pasado (su invención se atribuye al Juez Holmes): la restricción a la libertad de expresión no puede sostenerse en la mera posibilidad de que se produzca un daño que conviene evitar, sino que debe tratarse de un “peligro claro y presente”, también traducido como “peligro claro e inminente”⁴⁷⁶. De hecho, en numerosas sentencias, sobre todo las más recientes, puede observarse un criterio similar: la necesidad social urgente⁴⁷⁷ o “apremiante”⁴⁷⁸, circunstancias que deben ser justificadas por el legislador de manera razonable y convincente⁴⁷⁹.

Un caso elocuente en este sentido es el de *Karatas v. Turquía*, en el que se condenó a un libro de poemas que incitaba a la violencia y al odio. El Tribunal Europeo de

☞ *Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero de 2000, párrafo 59. En el caso de la prohibición de publicar la fotografía de una persona que se impuso a una revista, la Corte Europea consideró que dicha medida fue más allá de lo necesario para proteger a esa persona de la difamación, o para evitar que se violara la presunción de inocencia (CEDH No 26132/95, *Bergens Tidende y otros v. Noruega*, de 2 de Mayo de 2000, párrafo 60, donde las razones invocadas se consideran relevantes pero no suficientes).

⁴⁷⁵ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979; CEDH No 26682/95, *Süreç v. Turquía (no. 1)*, de 8 Julio de 1999, párrafo 60; CEDH No 58148/00, *Plon v. Francia*, de 18 Mayo de 2004, párrafo 51; CEDH No 71343/01, *Brasilier v. Francia*, de 11 de Abril de 2006, párrafo 31; CEDH No 15601/02, *Kuliš v. Polonia*, de 18 Marzo de 2008; CEDH No 34124/06, *Schweizerische Radiound Fernsehgesellschaft SRG v. Suíza*, de 21 de Junio de 2012, párrafos 56 y 65; y CEDH No 16354/06, *Mouvement Raëlien Suisse v. Suíza*, de 13 de Julio de 2012, párrafo 76.

⁴⁷⁶ CEDH No 25803/04, *Herri Batasuna y Batasuna v. España*, de 30 de Junio de 2009, párrafos 81 y 82. En este sentido es particularmente interesante, por ejemplo, la opinión del Juez Bonello en su opinión concurrente en CEDH No 23927/94 y N° 24277/94, *Süreç y Özdemir v. Turquía*, de 8 de Julio de 1999. En éste señala que los males que se buscan evitar deben ser graves, relacionados con actos inmediatos de violencia. Para la Corte Suprema de los Estados Unidos, debe demostrarse – y la carga de la prueba le corresponde al Estado – que lo hace en un grado sustancial. *Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

⁴⁷⁷ En los casos *Krasulya v. Rusia* (CEDH No 12365/03, de 22 de Febrero de 2007); *Ulosoy y otros v. Turquía* (CEDH No 34797/03, de 3 de Mayo de 2007) ; y *Lombardo y otros v. Malta* (CEDH No 12490/86, de 24 de Abril de 2007), se realiza una sola precisión en cuanto a la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, ya que el Tribunal deberá determinar si esa restricción se debió a una “necesidad social urgente”. Esta situación se confirma cuando la restricción aplicada a la libertad de expresión sea proporcional al legítimo propósito que se persigue y, además, cuando los argumentos entregados por las autoridades nacionales para aplicar la restricción sean relevantes y suficientes. De esta manera, se crea un concepto, el de la necesidad social urgente, que no hace más que ordenar los principios antes recogidos por la jurisprudencia del Tribunal. CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979, párrafo 59; y CEDH No 10737/84, *Müller y otros v. Suíza*, de 24 de Mayo de 1988, párrafo 32.

⁴⁷⁸ A juicio del Juez Bonello (CEDH), para dar por establecido que se está en presencia de un peligro claro y presente debe demostrarse que se esperan actos inmediatos de grave violencia, o que precisamente ese fue el propósito del mensaje, o que la conducta anterior del autor del mismo proporciona suficientes razones para creer que su apología de la violencia producirá una acción inmediata y dolorosa (CEDH No 23927/94 y N° 24277/94, *Süreç y Özdemir v. Turquía*, de 8 de Julio de 1999).

⁴⁷⁹ CEDH No 12726/87, *Autronic AG v. Suíza*, de 22 de Mayo de 1990; CEDH No 17488/90, *Goodwin v. Reino Unido*, de 27 de Marzo de 1996, párrafo 40; y CEDH No 2034/07, *Otegui Mondragón v. España*, de 15 Marzo de 2011, párrafo 48.

Derechos Humanos consideró que la prohibición era excesiva, pues el público que daría lectura al mismo sería reducido e incapaz de generar una crisis social⁴⁸⁰. Una situación similar pudo verse en el caso de la Revista *Bluf!*⁴⁸¹.

Finalmente, podemos ver una relación entre la necesidad y el criterio de proporcionalidad, en cuanto a que la primera debe vincularse con la aptitud que la medida impuesta tenga efectivamente para impedir el daño o satisfacer el fin legítimo que se persigue deba proponer. De esta forma, una medida restrictiva que sólo contribuya en forma marginal a realizar el objetivo buscado, en general, no debiera ser aceptada⁴⁸².

De esta manera, puede verse que la pertinencia de restringir la libertad de expresión debe ser analizada con sumo cuidado, confirmando una vez más la especial protección dada a la libertad de expresión frente a otros derechos y la excepcionalidad de las medidas que limiten su ejercicio.

3) Por otra parte, la proporcionalidad está íntimamente vinculada con la naturaleza y gravedad de las sanciones impuestas. En muchos casos donde se respalda la protección de determinados derechos como legítima y necesaria, la severidad de la medida adoptada ha llevado a que se considere ilegítima (desproporcionada), generando condenas por infracción al art. 10 Convención Europea de Derechos Humanos.

En concreto, esta situación es habitual en relación a los delitos de difamación, injurias y calumnias, en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la vía civil podría ser suficiente para alcanzar la protección que se deseaba⁴⁸³. Un caso no menos paradigmático en este sentido es el de las cirugías plásticas con malos resultados, en que se consideró que las declaraciones realizadas por la paciente afectada contra su médico no merecían penas de cárcel y que bien podrían haber sido compensadas mediante las herramientas que ofrece la legislación civil⁴⁸⁴.

Pero una indemnización civil elevada también podría considerarse desproporcionada, por sus posibles efectos restrictivos o silenciadores,

⁴⁸⁰ CEDH No 23168/94, *Karatas v. Turquía*, de 8 de Julio de 1999, párrafos 49 a 54. Si bien dichos poemas podían interpretarse como una incitación al odio, a la rebelión y al uso de la violencia, la Corte llamó la atención sobre la naturaleza del medio empleado por el afectado – la poesía –, forma de expresión que, en opinión del tribunal, atraería sólo a una minoría de lectores.

⁴⁸¹ Otro caso relevante es el que afectó a la *revista Bluf!* Luego de que publicara información declarada confidencial por los servicios de seguridad interior de Holanda (1987), ya que la Corte no consideró que dicho material (de 1981) justificaba realmente la imposición de medidas. CEDH No 16616/90, *Vereniging Weekblad Bluf! v. Países Bajos*, de 9 de Febrero 1995, párrafos 40 a 42.

⁴⁸² CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979; y CEDH No 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre de 1976.

⁴⁸³ En buena medida ello puede deberse a que los países que se han integrado más tardíamente al sistema europeo aún protegen de manera especialmente reforzada (y no especialmente debilitada) a sus autoridades frente a la crítica. CEDH No 12490/86, *Lombardo y otros v. Malta*, de 24 de Abril de 2007; CEDH No 33629/06, *Vajnai v. Hungría*, de 8 de Julio de 2008; CEDH No 22385/03, *Kasabova v. Bulgaria*, de 19 de Abril de 2011; y CEDH No 18990/05, *Wizerkaniuk v. Polonia*, de 5 de Julio de 2011.

⁴⁸⁴ CEDH No 26132/95, *Bergens Tidende y otros v. Noruega*, de 2 de Mayo de 2000, párrafo 60. Los cinco millones de coronas noruegas, que según los afectados era la más cuantiosa que se había concedido por los tribunales noruegos (párrafo 38).

especialmente hacia el futuro⁴⁸⁵ ⁴⁸⁶. Por tanto, lo relevante no será necesariamente la naturaleza jurídica de la medida (civil o penal), sino su impacto efectivo frente a la libertad de expresión⁴⁸⁷.

Por lo recién dicho, las medidas de naturaleza penal pueden tener cabida dentro del marco de la Convención Europea⁴⁸⁸, pero su uso debe ser cuidadoso, selectivo, y vinculado a situaciones de extrema gravedad, donde el recurso a otras medidas menos agresivas no sea posible o no permitan alcanzar de igual manera el objetivo buscado (última ratio). Sin embargo, en este punto hay controversias, planteándose posiciones relevantes que sostienen lo contrario⁴⁸⁹.

4) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha señalado que para analizar la necesidad de las restricciones impuestas se debe examinar el caso en su conjunto, incluyendo en el proceso de balanceo el contexto en el que se pronunciaron⁴⁹⁰, las acciones o expresiones previas de la parte afectada⁴⁹¹, el

⁴⁸⁵ De acuerdo con CEDH No 34000/96, *Roy et Malaurie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, párrafo 37, una multa muy elevada, por ejemplo, podría ser cuestionada incluso en forma más dura que una sanción penal simbólica. En el caso *Lombardo y otros v. Malta* (CEDH No 12490/86, de 24 de Abril de 2007), el Tribunal destaca el efecto silenciador que podría provocar la severidad de las sanciones aplicadas, disuadiendo a la gente de participar en debates sobre materias de legítima preocupación pública. En un sentido similar se pronuncia en los casos *Silay c. Turquía* (CEDH No 8691/02, de 5 de abril de 2007) y *Tonsbergs Blad AS y Haukom v. Noruega* (CEDH No 510/04, de 1 de Marzo de 2007).

⁴⁸⁶ CEDH No 61/1990/252/323, *Margareta y Roger Andersson v. Suecia*, de 25 de Febrero de 1992, párrafo 47.

⁴⁸⁷ CEDH No 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, párrafo 38.

⁴⁸⁸ La Corte Europea consideró en CEDH No 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de Julio de 1995, que la magnitud de la multa (tres veces mayor que la más alta impuesta hasta entonces) parecía cuestionable. Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Lopes Gomes da Silva* (CEDH No 37698/97, de 28 de Septiembre de 2000, párrafo 36), indicó que lo relevante no era el carácter mínimo de la pena (de carácter puramente pecuniario) infligida al periodista, sino el hecho mismo de su condena, pues, considerando el interés de una sociedad democrática en preservar una prensa libre, la condena de los periodistas no representa un medio razonablemente proporcionado para procurar el objetivo legítimo que se perseguía.

⁴⁸⁹ CEDH No 23927/94, y No 24277/94, *Süreke y Özdemir v. Turquía*, de 8 de Julio de 1999, párrafo 60.

⁴⁹⁰ VIVES ANTÓN ha sostenido en el voto particular de la STC 79/1995 que el recurso a la vía penal es incompatible con la libertad de expresión pues, en su opinión la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe y, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley. Si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (a cuyo núcleo pertenece la crítica a personajes públicos) puede producir sobre ésta un "efecto de desaliento" que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones.

⁴⁹¹ CEDH No 31457/ 96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero de 2000, párrafo 52.

⁴⁹² En opinión del tribunal, en esas circunstancias, y cuando la reputación de ambas partes está en entredicho, debe tolerarse un cierto grado de exageración. CEDH No 23118/93, *Nielsen y Johnsen v. Noruega*, de 25 de Noviembre de 1999, párrafo 52; y CEDH No 20834/92, *Oberschlick v. Austria*, de 1 de Julio de 1997, párrafos 31 a 35.

contexto histórico y cultural⁴⁹², los efectos sistémicos que las medidas pueden razonablemente provocar o las particularidades de determinado país⁴⁹³.

5) La medida adoptada, en sí misma, también puede ser un aspecto esencial para concretar si una determinada restricción es proporcionada al fin que se persigue, pues la legitimidad del propósito buscado no permite imponer cualquier medida. Primeramente, porque no todas serán igualmente eficientes para lograrlo, debiendo privilegiarse las que lo son frente a las que no lo son (criterio de eficacia); y en segundo lugar, la intensidad de la medida adoptada debe ser proporcionada a las necesidades que justifican su imposición. Dado que se requiere armonizar la máxima vigencia de todos los derechos, las medidas excesivas o desproporcionadas, o inadecuadamente diseñadas (por su amplitud, por ejemplo), deben considerarse ilegítimas, mientras existan, claramente, otras que sean menos lesivas y que permitan igualmente alcanzar el objetivo, siempre en consideración a las circunstancias del caso.

Dicho en otras palabras, la Convención impide afectar la libertad de expresión cuando existen otras medidas que razonablemente pudieran permitir alcanzar el mismo resultado, pero con menos costos y restricciones⁴⁹⁴.

6) Otro criterio exigido por la Corte Europea es que la necesidad de la restricción este establecida de manera convincente⁴⁹⁵.

7) Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifiesta su preferencia por las medidas que permitan que el afectado pueda seguir ejerciendo su derecho a la libertad de expresión, pero por otros medios⁴⁹⁶, reduciendo el daño generado por las restricciones o regulaciones legítimamente fundadas. Lo anterior debe ser entendido como un mandato a las autoridades judiciales y legislativas para armonizar los diferentes derechos de modo de lograr la mayor efectividad de todos ellos, en conjunto y de acuerdo a su relevancia.

8) Finalmente, diremos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en forma reiterada que las expresiones que tienen un contenido político tienen una protección mayor, y por lo mismo una mayor resistencia a las restricciones. No nos extenderemos sobre este punto, ya que lo hemos desarrollado con extensión en otras partes de este trabajo. Pero basta recordar al

⁴⁹² El pasado reciente de Hungría fue un elemento relevante a la hora de justificar las restricciones a la libertad de expresión de la policía, especialmente en materias políticas. CEDH No 25390/94, *Rekvenyi v. Hungría*, de 20 de Mayo de 1999.

⁴⁹³ Por ejemplo, la Corte ha señalado que las particulares circunstancias políticas, culturales y lingüísticas de Suiza debían ser tomadas en consideración a la hora de otorgar licencias de radio o televisión. CEDH No 38743/97, *Demuth v. Suiza*, de 5 de noviembre de 2002, párrafos 43 y 44.

⁴⁹⁴ CEDH No 41551/98, *Karatepe v. Turquía*, de 31 de Julio de 2007. El TSA también se ha pronunciado en el mismo sentido, por ejemplo, frente a prohibiciones totales de venta de material pornográfico, cuando lo que se busca proteger sólo es la restricción de su venta a menores (*Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957)). Asimismo, se ha cuestionado el cierre de una librería donde se realizaban actos sexuales en público, señalando que una medida suficiente era sancionar a los infractores (opinión disidente en *Arca v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986)).

⁴⁹⁵ CEDH No 34000/96, *Roy et Malaurie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, párrafo 27, iii; CEDH No 71111/01, *Hachette Filipacchi Associés v. Francia*, de 12 de noviembre de 2007; CEDH No 73333/01, *Ciloglu y Otros v. Turquía*, de 6 de marzo de 2007; y CEDH No 8691/02, *Silay v. Turquía*, de 5 de abril de 2007.

⁴⁹⁶ CEDH No 15088/89, *Jacobowski v. Alemania*, de 23 de Junio de 1994, párrafo 29.

respecto el caso *Castells v. España*, en el que puede observarse que la libertad de expresión es especialmente importante para quienes participan activamente en el debate político, por lo que las restricciones deben ser especialmente mínimas en este caso⁴⁹⁷.

Asimismo, parece importante mencionar que puede haber situaciones, estadísticamente poco habituales, donde existan buenas razones para restringir la libertad de expresión en materias políticas. Así se vio, por ejemplo, en el caso *Rékvényi v. Hungría*, en que las restricciones a la libertad de expresión relativas al debate político impuestas a la policía húngara, fueron consideradas legítimas, atendiendo las particulares circunstancias del proceso de transición de un régimen totalitario a una democracia pluralista. En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resaltó la necesidad e importancia de que la comunidad confiara en los cuerpos policiales, para lo cual se requería que estos proyectaran una imagen de neutralidad y apego irrestricto a la ley en su rol de garante del orden y la seguridad, considerando especialmente la suspicacia y el cuestionamiento existente por el rol por ejercido en los recién pasados regímenes políticos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que contar con un cuerpo de policía neutral era un objetivo necesario para una sociedad democrática, por lo que una restricción que fuera en dicho sentido era razonable y proporcionada, y podía considerarse una necesidad social apremiante⁴⁹⁸.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos también ha considerado el criterio de las restricciones razonables en algunas oportunidades, como se aprecia en el caso *Mills v. Alabama*, en el que consideró que las restricciones y sanciones asociadas a la prohibición de emitir propaganda electoral (en este caso, una editorial que llamaba a votar de determinada manera) el mismo día de la elección, constituía una restricción razonable a la libertad de expresión (principalmente por la imposibilidad de rebatir dicha información)⁴⁹⁹.

b.- Ejemplos de medidas consideradas desproporcionadas e innecesarias dentro del contexto de una sociedad democrática.

Tal como hemos señalado, la causal de falta de proporción y necesidad en el contexto de las exigencias de una sociedad democrática ha sido estadísticamente la principal razón de las condenas emitidas por violación del art. 10 Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH).

En el capítulo que sigue, donde se hace una breve relación de casos sometidos a esta jurisdicción, podrán verse una serie de ejemplos en este sentido. Sin embargo, desde ya mencionaremos algunos.

1) En el caso *Jersild v. Dinamarca*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la condena a un periodista por complicidad en la difusión de injurias

⁴⁹⁷ CEDH No 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril de 1992, párrafos 42 y ss.; CEDH No 38743/97, *Demuth v. Suiza*, de 5 de noviembre de 2002, párrafo 40; en este sentido, la opinión parcialmente disidente de los jueces Wildhaber, Kuris, Stráznická, Baka y Traja, en CEDH No 26682/95, *Sürek v. Turquía (no. 1)*, de 8 Julio de 1999; CEDH No 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 22 de Agosto de 1994, párrafos 31 y 33, considerando que éstos no habían actuado dentro del margen de apreciación que se reconoce a las autoridades estatales.

⁴⁹⁸ CEDH No 25390/94, *Rekvényi v. Hungría*, de 20 de Mayo de 1999, párrafos 39 al 50.

⁴⁹⁹ *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966).

racistas realizado por un grupo de jóvenes asistentes a un programa donde él era el moderador no era compatible con el rol que le cabía a la prensa en una sociedad democrática (“perro guardián”); y que, en consecuencia, Dinamarca había violado el art. 10 Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), puesto que la injerencia no era necesaria en una sociedad democrática y en particular desproporcionada en relación al fin legítimo perseguido⁵⁰⁰.

2) En el caso *Marônek v. Eslovaquia*⁵⁰¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el propósito de una carta abierta no había tenido por único objetivo resolver un problema individual, sino también con la finalidad de instar a otras personas con el mismo problema a tomar medidas. En consecuencia, no se halló relación razonablemente proporcional entre las medidas adoptadas y el objetivo legítimo perseguido (protección de los derechos y la reputación de terceras personas).

3) Un criterio similar se observó en relación a la prohibición recaída sobre una revista repartida gratuitamente en los cuarteles militares austriacos, considerando que los límites de la protección de la reputación ajena, deben conjugarse con los intereses del debate político⁵⁰².

4) En el caso *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, el Tribunal consideró aún el carácter reducido de la sanción pecuniaria impuesta no era proporcionado en una sociedad democrática (por el sólo hecho de imponer una condena)⁵⁰³. En el caso *Ezêlin v. Francia*, señaló que sancionar disciplinariamente (la multa más baja que consideraba el decreto que la permitía) a un abogado por participar en una manifestación y realizar comentarios ambiguos sobre los hechos en ellos ocurridos no eran necesario en una sociedad democrática⁵⁰⁴, aunque el propósito buscado era legítimo, pues podría provocar un efecto silenciador respecto a la expresión de ideas y opiniones⁵⁰⁵. Por el contrario, no se consideró desproporcionada la sanción por difamación establecida en el caso *Wingrove v. Reino Unido*, considerando especialmente los estándares del derecho inglés en esta materia⁵⁰⁶.

5) En el caso *Mor v. Francia*⁵⁰⁷, considerando la especial posición que los abogados desempeñan en un proceso judicial, se estimó que las medidas tomadas contra la demandante objeto del litigio fueron desproporcionadas y no reflejaban un adecuado equilibrio entre la protección el derecho de libertad de expresión de la misma (abogado), el secreto de sumario, los derechos de los afectados y la imparcialidad de la justicia.

⁵⁰⁰ CEDH No 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 22 de Agosto de 1994, en especial párrafos 31 y 37; y CEDH No 15054/07 y N° 15066/07, *Ressiot y otros v. Francia*, de 28 de Junio 2012 (violación de la libertad de expresión por desproporcionalidad de la medida adoptada).

⁵⁰¹ CEDH No 32686/96, *Marônek v. Eslovaquia*, de 19 de Abril de 2001, párrafos 58 y 59.

⁵⁰² CEDH No 15153/89, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria*, de 19 de Diciembre de 1994, párrafo 39.

⁵⁰³ CEDH No 37698/97, *Lopes Gomes Da Silva v. Portugal*, de 28 de Septiembre de 2000, párrafo 36.

⁵⁰⁴ CEDH No 11800/85, *Ezêlin v. Francia*, de 18 de Marzo de 1991, párrafo 53.

⁵⁰⁵ CEDH No 11800/85, *Ezêlin v. Francia*, de 18 de Marzo de 1991, párrafos 47 y 52.

⁵⁰⁶ CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 25 de Noviembre de 1996, párrafos 60 y 61.

⁵⁰⁷ CEDH No 28198/09, *Mor v. Francia*, de 11 Diciembre de 2011, párrafos 63 y 64.

6) En el caso *Ressiot y otros v. Francia* ⁵⁰⁸, aún cuando los motivos eran pertinentes, se estimó que no eran suficientes para justificar el registro y la confiscación llevados a cabo”, por lo que “las medidas tomadas no representaban medidas razonablemente proporcionales a la consecución de los fines legítimos, teniendo en cuenta el interés de la sociedad democrática de asegurar y mantener la libertad de prensa”⁵⁰⁹.

7) Quizá el caso más conocido sea el *Sunday Times*⁵¹⁰, en que se condenó a Reino Unido por considerarse, por una mínima mayoría, que las medidas adoptadas no obedecían a una necesidad social imperiosa. Este caso ha sido desarrollado con mayor extensión al tratar el “contempt of court”.

II.- Diversas modalidades de restricciones a que puede ser sometido el ejercicio de la libertad de información y expresión.

Sabemos que la forma genérica, abstracta y abierta con que se consagran los derechos fundamentales obliga a un desarrollo ulterior de los mismos para su aplicación y operatividad⁵¹¹. Asimismo, el contenido de los derechos deberá ser precisado, de acuerdo a su propia naturaleza o en forma externa, para impedir situaciones conflictivas o contradictorias que vayan en perjuicio de la protección buscada para estos derechos y generen confusión e inseguridad en los actores sociales.

Dado que la Constitución no es clara sobre la forma en que este trabajo debe realizarse, esta tarea deberá hacerse por vía judicial o legislativa⁵¹², aunque esta tarea no ha sido fácil ni ha alcanzado resultados definitivos⁵¹³.

Hemos ya señalado que las libertades de expresión y de información han sido considerados derechos especialmente protegidos, dada la relación de ambos con una serie de objetivos institucionales y su especial relación con la calidad de la democracia. Como todo derecho, puede tener modulaciones, limitaciones y desarrollos, realizados en atención a su propia naturaleza (contornos), o a la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos, atendidas las circunstancias particulares de cada situación y las prioridades de la cultura o de un determinado momento. Para ello, deberemos recurrir a un procedimiento de

⁵⁰⁸ CEDH No 15054/07 y No 15066/07, *Ressiot y otros v. Francia*, de 28 de Junio de 2012, párrafo 126.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 127.

⁵¹⁰ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril de 1979, párrafo 67 (considerando la medida no proporcional a la finalidad legítima perseguida y no necesaria en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder judicial).

⁵¹¹ La indeterminación de los mismos y los amplios márgenes abiertos han sido criticados por algunos autores. Javier CREMADES, “*Los Límites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español*”, La Ley S.A. (1995), p. 138 (citando a AGUIAR DE LUQUE).

⁵¹² GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Apuntes de Derecho Constitucional*, Universidad Católica de Chile (apuntes de clases) (2014) p 71.

⁵¹³ “Ni el legislador, ni la numerosa jurisprudencia constitucional (...) han establecido una solución general y radical al problema de la coordinación de la libertad de expresión con los demás derechos fundamentales y bienes jurídicos que lo limitan y a los que limita. Y no se ha hecho, ante todo, porque resulta imposible”. Javier CREMADES, (1995) op. cit nota 511. p. 140. La jurisprudencia no ha logrado solucionar ni establecer una doctrina definitiva y permanente sobre el problema de los límites a la libertad de expresión *latu sensu*. Ver STC 120/1983 FJ2; STC 181/1990 FJ3.

balanceo o ponderación entre los mismos, pero siempre vinculado a una situación particular.

En el caso de la libertad de expresión e información, ello es particularmente notorio, pues la propia norma constitucional impone al Estado un rol activo en el desarrollo y regulación de estos derechos. En efecto, en su apartado, agrega a los límites establecidos en el apartado 1, los derechos establecidos en el Título I (que hace referencia al honor, la intimidad, la propia imagen y la juventud e infancia⁵¹⁴), así como a “los preceptos de las leyes que lo desarrollan”⁵¹⁵, entregando a los intérpretes, sobretodo legislativos, la tarea de velar por que la vigencia de todos ellos sea, de acuerdo a las circunstancias y posibilidades, la mayor posible⁵¹⁶. Sin embargo, consideramos que estos límites deben ser considerados sólo como ejemplos didácticos, y no como una lista taxativa⁵¹⁷, pudiendo sostenerse por tanto que algunos límites están expresamente señalados en la Constitución Española y otros que tienen su origen en la lógica de los derechos fundamentales, que obliga a armonizar y proteger también otros derechos o bienes, dentro de un mandato de optimización general⁵¹⁸.

Es evidente que todos los derechos fundamentales, y no sólo los especialmente citados en el artículo 20.4 Constitución Española (honor, intimidad, propia imagen), pueden limitar el contenido de la libre comunicación de información⁵¹⁹, aunque dichos casos obviamente sean los más habituales y por lo mismo a los que se refiere el grueso de la jurisprudencia.

Las restricciones que pueden afectar a la libertad de expresión pueden analizarse desde diferentes perspectivas. Las más importantes para nuestro análisis serán las restricciones legítimas e ilegítimas, directas e indirectas, internas y externas, impuestas por el derecho nacional e internacional, de medios y de contenido, absolutas y relativas. Analizaremos algunas de ellas.

Asimismo, las técnicas restrictivas pueden ser diversas y complementarias, e irán restricciones de tipo general⁵²⁰, a restricciones temporales o limitadas asociadas a

⁵¹⁴ STC 2/82, FJ 5; STC 91/1983, FJ 3; STC 110/1984, FJ 5; STC 159/1986, FJ 5; y STC 120/1990, FJ 8.

⁵¹⁵ Art 81 CE. Ello ha sido criticado por muchos autores debido a la amplitud y el exceso de poderes que entregaría al legislador a la hora de fijar el contenido, muchas veces polémicos, de los derechos esenciales propios de la dignidad humana. STC 11/1982, FJ 6; STC 86/1982, FJ3; y STC 231/1988, FJ 5.

⁵¹⁶ “La vigencia simultánea y con el mayor contenido posible de todos los derechos y libertades precisa de una interpretación constitucional rigurosa (...) y en su caso, de las leyes que desarrollan los derechos fundamentales”. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 248., p. 386.

⁵¹⁷ Alfonso FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, “*Libertad de Expresión y Derecho de la Información, Constitución Española de 1978*”, tomo II, Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, Edersa Madrid (1984), p. 501, 524-525.

⁵¹⁸ STC 181/1990, FJ3.

⁵¹⁹ CREMADES Javier, “*Los Límites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español*”, La ley S.A. (1995). p 38

⁵²⁰ El párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". Asimismo, el párrafo 3

ciertas circunstancias⁵²¹, incluyendo delimitaciones específicas y precisiones de los márgenes de protección garantizados o requisitos para que ello sea posible⁵²². Asimismo, siempre cabrá el recurso al derecho de los demás y al interés colectivo⁵²³.

1.- Las restricciones indirectas.

Antes de seguir con el análisis, es necesario considerar que la libertad de expresión e información se encuentran de hecho bastante limitada. Con ello no sólo queremos reiterar el amplio consenso que existe en que estas libertades no son absolutas y que tiene límites y contornos que precisan su naturaleza e identidad, y que lo distinguen de otros derechos.

Por el contrario, queremos referirnos a aquellas restricciones ubicadas generalmente fuera del estricto ámbito del derecho y de la lógica de los derechos fundamentales, pero que pueden tener un gran impacto práctico en el ejercicio de estas libertades.

A este tipo de limitaciones se les ha llamado “restricciones indirectas”.

Las situaciones que pueden dar lugar a este tipo de restricciones son innumerables, e incluyen, entre otras, las trabas administrativas y el establecimiento de requisitos o barreras innecesarias para el ejercicio de estos derechos, como dificultad para obtener licencias y frecuencias, requisitos de registro, pases o entradas; impuestos y beneficios fiscales de diverso tipo, directos e indirectos, incluyendo la publicidad pagada realizada por el Estado y sus distintos organismos en los medios de comunicación; la persecución y hostigamiento a medios e informantes, incluyendo la falta de persecución penal y de sanción en casos de delitos que puedan provocar un temor en caso de manifestar determinadas opiniones o informaciones; las estructuras de medios concentradas o poco pluralistas; las restricciones al comercio o a la distribución⁵²⁴, entre otras.

Si bien ninguna de ellas supone una acción directa de parte del Estado, en un régimen basado en el constitucionalismo de los derechos, su existencia puede deberse a una inacción u omisión de su parte. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido especialmente activo en identificar y denunciar este

del mismo artículo 29 agrega que "estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

⁵²¹ Artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

⁵²² En este sentido, el párrafo 1 del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que "toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad". El artículo 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada "en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".

⁵²³ Si bien ello constituye una limitación inherente a todo derecho, está expresamente contemplada en el párrafo 2 del artículo 32 párrafo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵²⁴ Juez William DOUGLAS en su opinión disidente en *United States v. 12 200-ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 (1973).

tipo de restricciones y recordar que corresponde al Estado la obligación de remover estos obstáculos al goce efectivo de estos derechos⁵²⁵.

La jurisprudencia del mismo Tribunal también ha reconocido esta situación. Así, por ejemplo, reprochó a Turquía el no haber actuado debidamente en la protección de la libertad de expresión⁵²⁶, pese a las numerosas informaciones y requerimientos de protección derivados del continuo hostigamiento realizado por desconocidos contra el medio y sus integrantes, y que llevó al cierre del mismo⁵²⁷.

Por tanto, podemos decir que las restricciones materiales y las ocasionadas por terceros se convierten en un mandato positivo de acción que corresponde al Estado, lo que impide considerar su deber como de “no interferencia” ni a la libertad de expresión como una libertad negativa, en el sentido clásico de este concepto. Pero al mismo tiempo, se señala que este deber no puede consistir en una obligación de resultados, pues ello implicaría una exigencia extrema y desproporcionada.

Por otro lado, la sociedad tiene una gran capacidad para limitar la libertad de los individuos por medio del control social y las normas tácitas de la cultura, que tiene sus propios mecanismos sancionatorios para quienes incumplan sus mandatos y exigencias.

A mayor abundamiento, muchos de estos mandatos se encuentran internalizados por los integrantes del cuerpo social, por lo que muchas veces ni siquiera es necesario el reproche externo (operan como límite interior, y cualquier signo de autonomía puede ser considerado como un acto impropio o inadecuado). Por ello, podemos decir que el ejercicio efectivo de la libertad de expresión, se encuentra sometida a limitaciones de tipo cultural que superan el encuadre legal y requieren otro tipo de acción reformativa.

Finalmente, cabe comentar que este tipo de restricciones se encuentra presente de diferentes maneras en cualquier sociedad, pero la fuerza de la restricción será más intensa en sociedades con menor cultura democrática y una fuerte tradición jerárquica⁵²⁸.

2.- Restricciones de contenido y de medios.

La doctrina, especialmente la americana, ha planteado diferencias en cuanto a la forma de restringir el ejercicio del derecho. Básicamente, se han señalado que la restricción puede afectar al contenido del mensaje o a la forma en que se comunica⁵²⁹.

⁵²⁵ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000), párrafo 13 (parte declarativa).

⁵²⁶ CEDH No 23144/93, *Özğür Gündem v. Turquía*, de 16 de marzo de 2000, párrafo 38. Se consideró que la investigación comenzada por la Fiscalía era una medida del todo insuficiente, dada la gravedad de los hechos y de los derechos involucrados (párrafos 42 y 43).

⁵²⁷ CEDH No 23144/93, *Özğür Gündem v. Turquía*, de 16 de marzo de 2000, párrafos 9, 11, 12, 13, 14, 15 y 16.

⁵²⁸ Octavio PAZ señalaba que el subdesarrollo en Latinoamérica podía observarse antes en la falta del espíritu crítico que en el desarrollo de infraestructura. Octavio PAZ, *“El Ogro Filantrópico: Historia y Política 1971-1978”*, Seix Barral (1979), p. 1.

⁵²⁹ Lawrence TRIBE, *“American Constitutional Law”*, 2a. ed., Mineola, Nueva York, The Foundation Press (1988), p. 789 y ss.

Las primeras, es decir al contenido, deberían ser muy excepcionales, sobre todo cuando se refieren a ideas⁵³⁰.

Las segundas, no se refieren al mensaje mismo, que sigue siendo legítimo y comunicable, sino que se buscan reducir los efectos negativos que la elección de un determinado medio pudiera tener.

En el fondo, lo que por este tipo de restricciones se desea es que, en caso ser posible, el objetivo comunicativo se logre por medios diferentes y menos lesivos para otros derechos, sin que realmente con ello se busque una restricción de contenidos. Por referirse a los elementos “no comunicativos del mensaje”, se suele llamar a estas restricciones “neutras”.

Sin embargo, también se ha dicho, y con razón, que la limitación de la forma puede tener también una implicancia en el impacto buscado o en la expresividad del mensaje, por lo que el apelativo de “neutro” que se da a este tipo de restricciones parecería, en muchos casos, impropio⁵³¹. De hecho, parece evidente que leer una noticia de un asesinato o un desastre natural es muy distinto que ver imágenes del mismo.

En estos casos, las restricciones no serán neutras, y necesariamente modificarán los impactos de la comunicación. Del mismo modo, entregar a los jueces la determinación de la existencia o no de medios alternativos pero no restrictivos del contenido del mensaje, o de elementos no principales del mismo, será generalmente problemático, dado el marcado elemento discrecional que supone⁵³².

Por ello, cuando la restricción “neutral” afecte de manera relevante el contenido de lo comunicado ni la posibilidad de expresar el mensaje, también debería aplicarse en forma restrictiva, lo que nuevamente muestra la necesidad de recurrir a la lógica de la ponderación⁵³³.

Por ejemplo, restricciones a la solicitud de dineros en espacios públicos, propaganda política en ferias comerciales⁵³⁴, límites de horario para eventos públicos, campañas políticas, venta de pornografía, y en general, todas las referidas a lugares, horarios y demás circunstancias en que la expresión tiene lugar. A modo de ejemplo, en el caso *Marónek v. Slovakia* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el reclamante, condenado por difamación, bien pudo haber elegido otros medios expresivos que los utilizados, consistentes en pegar afiches en paradas de autobús acusando a una pareja de haber cometido determinados ilícitos⁵³⁵.

⁵³⁰ Owen M. FISS, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press (1996), p. 5.

⁵³¹ Lawrence TRIBE, ob. cit., nota 529, p. 840.

⁵³² Estas decisiones implican un juicio de valor y una toma de posición sobre una serie de materias, no siendo claro los elementos que pueden ser eliminados o modificados sin afectar el contenido de lo comunicado, especialmente cuando lo que se busca es lograr un determinado efecto que dependerá precisamente del medio empleado (quema de banderas, huelgas de hambre, etc.).

⁵³³ *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

⁵³⁴ *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992), especialmente la opinión concurrente de los Jueces Kennedy, Blackmun, Stevens y Souter.

⁵³⁵ CEDH, Segunda Sección, *Case of Marónek v. Slovakia*, sentencia del 19 de abril de 2001, párrafo 55. Lo mismo en el caso CEDH N° 13308/87, *Chorberr v. Austria*, de 25 de agosto de 1993, párrafo 32, que justifica la restricción contra un manifestante realizada durante un desfile

A nuestro juicio, ello no es más que una manifestación de lo señalado en el párrafo anterior (reconocimiento de la lógica de la ponderación), y presta gran utilidad a la hora de reducir el debate doctrinario sobre la posibilidad de adoptar medidas hacerlo y las circunstancias que deben concurrir para ello. Sin embargo, pese a los aportes de este párrafo, todavía persistirán algunas dudas que será preciso resolver. Pero en este proceso, dada la importancia institucional asignada a este derecho, se imponen altos requisitos para asegurar que dichas limitaciones sean efectivamente excepcionales⁵³⁶.

3.- Un análisis especial: las llamadas restricciones absolutas a la libertad de expresión.

A lo largo de este trabajo hemos postulado la pertinencia y utilidad de la técnica de la ponderación y, sobre todo, su plena aplicabilidad en el sistema de los derechos fundamentales.

Por ello, puede llamar la atención el hecho de que algunos pactos internacionales señalan restricciones absolutas a la libertad de expresión, relativas, por ejemplo, a la propaganda de guerra, a los discursos de odio nacional, religioso o racial⁵³⁷, entre otros. En la misma condición pueden encontrarse las salvaguardas absolutas a la libertad de expresión, como por ejemplo, la prohibición de censura previa a que hace mención el sistema interamericano.

Estimamos que estos casos sólo constituyen una excepción aparente y en nada afectan a lo sostenido sobre la naturaleza de los derechos y la aplicación general de la ponderación realizada en cada caso concreto como principal criterio de resolución de conflictos entre derechos.

Lo que estas disposiciones han hecho es una elección política concreta, nacida a su vez de un juicio de ponderación *ad hoc*, buscando fortalecer estructuralmente ciertas defensas de la libertad de expresión, reduciendo al mínimo la posibilidad de derrotarlas, y con conciencia de los perjuicios que esta rigidez puede significar. Pero, al menos teóricamente, podrían plantearse circunstancias extremas, donde la derrota de estas normas redactadas como absolutas fuera posible, luego de un juicio de ponderación o balanceo⁵³⁸, por lo que en la práctica, sólo operarían como una fuerte señal de excepcionalidad de su restricción y una exigencia especial de justificación.

El hecho de que la Convención Europea no señale prohibiciones absolutas no puede entenderse como una limitación para sancionar y restringir este tipo de

militar aéreo. Asimismo, en el caso CEDH N° 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1996, párrafo 60, se dice que lo que prohíbe no es la crítica al cristianismo, sino la forma en que se había realizado.

⁵³⁶ La dispersión argumentativa de las diversas interpretaciones que pueden hacerse de las mismas, en buena medida tiene un apoyo en el carácter restrictivo y taxativo de las mismas, lo que propicia que los intérpretes quieran incluir, a veces forzadamente, otras causales en las que los diferentes cuerpos legales establecen.

⁵³⁷ Artículo 20 del Pacto, párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁵³⁸ Cabe recordar lo dicho respecto de la Primera Enmienda de la Constitución Americana, que aparece redactada en forma absoluta, y que desde su dictación ha sido objeto de numerosas matizaciones.

situaciones. Por el contrario, lo autoriza y lo hace, pero siempre dentro de la lógica de ponderación que plantea⁵³⁹. Asimismo, dicho tribunal ha sostenido que algunas expresiones no constituyen un ejercicio de la libertad de expresión, por lo que no se encuentran protegidas, se encuentran protegidas por el artículo 10⁵⁴⁰.

4.- Limitaciones internas o contorno del derecho.

Los límites internos son aquellos que son dados por la propia naturaleza de cada derecho, y que permiten delimitar algunas actividades que quedarán claramente fuera de su protección. Así, por ejemplo, gritar “fuego” en un teatro o en un hospital, revelar secretos militares, difundir informaciones o contenidos bajo propiedad intelectual, acciones que involucren acoso sexual, la incitación a la violencia, expresiones injuriantes y difamadoras u odiosas (*fighting words*⁵⁴¹), no estarán dentro de las actividades protegidas por la libertad de expresión, dado que pueden provocar perjuicios y daños sin aportar información ni contribuir al debate.

Asimismo, desde una perspectiva más jurídica, se han entendido como límites propios de la libertad de información al interés público y a la veracidad.

5.- Límites externos o limitaciones propiamente tales.

Las libertades de expresión e información pueden entrar en conflictos, reales o aparentes, con otros derechos, obligándonos a resolver la situación y determinar, en el caso presentado, qué actuación quedará protegida por el derecho y cuál no.

Esta decisión se realizará por medio de una decisión judicial o normativa (generalmente legislativa), que supondrá, en la mayoría de los casos, un juicio de ponderación entre los elementos y derechos en juego. Naturalmente, este deberá considerar la especial protección que gozan las libertades de expresión e información, a las cuales ya nos hemos referido latamente.

Sin embargo, debemos recordar que esta preferencia no es absoluta, ya que ello se opone a la propia lógica de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, cuando el elemento de interés público sea marginal, o cuando se enfrente a una necesidad social imperiosa o grave (una epidemia, una crisis de seguridad interna o externa, entre otras), podrán preferirse otros derechos o imponerse restricciones al ejercicio de la libertad de información y de expresión⁵⁴². Por otro lado, sabemos que la prevalencia de la libertad de expresión sobre otros derechos no puede determinarse en forma abstracta, permanente ni objetiva, pues dependerá, entre otros factores, del criterio del intérprete⁵⁴³.

⁵³⁹ Obviamente ello no significa que la Convención Europea no permita sancionar y restringir este tipo de situaciones. Por el contrario, lo autoriza y lo hace, pero siempre dentro de la lógica de ponderación que plantea. CEDH No 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 22 de agosto de 1994, párrafo 27.

⁵⁴⁰ CEDH No 23927/94, *Sürek and Özdemir v. Turquía*, de 8 de julio de 1999, especialmente la opinión parcialmente disidente de los jueces Wildhaber, Kuris, Stráznická, Baka y Traja.

⁵⁴¹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); y *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966).

⁵⁴² STC 107/1988, FJ 2; STC 51/1989, FJ 2; STC 171/1990, FJ 5; STC 171/1990, FJ 5; STC 172/1990, FJ 2; y STC 143/1991, FJ 2.

⁵⁴³ STC 171/1990, FJ 5; y STC 172/1990, FJ 2.

Los derechos que ofrecen una mayor tensión a la libertad de expresión e información y que justifican el mayor número de restricciones a la misma provienen del balanceo de ella con el derecho a la honra, al honor, a la privacidad, a la infancia y a la vida privada. Por razones de espacio, no nos referiremos a ellas en este trabajo. Sin embargo, es necesario advertir la capacidad de confrontar a las libertades comunicativas en un juicio de balanceo no se limita a ellas y puede realizarse sobre la base de cualquier derecho protegido⁵⁴⁴. La lista de limitaciones no es taxativa, sino por el contrario, siempre está abierta. El legislador, e incluso el juez y otras autoridades podrían fijar límites fundados en diversas razones, siempre que estos respeten los requisitos legales y el contenido esencial del derecho que se limita⁵⁴⁵.

Incluso podría invocarse, utilizando la adecuada argumentación jurídica, una la restricción fundada en derechos implícitos, es decir, no expresamente señalados en textos jurídicos. Ello vuelve a reflejar la unidad y armonía que debe ofrecer el derecho, y que todo intérprete debe respetar, especialmente en materia de derechos fundamentales. Asimismo, confirma lo sostenido en cuanto a que sólo mediante la lógica de la ponderación se puede hacer un acabado trabajo de delimitación de los mismos⁵⁴⁶.

6.- Otras circunstancias que pueden ser consideradas dentro de un juicio de ponderación o balanceo.

En los juicios de ponderación deben considerarse todos los elementos y circunstancias relativos al caso que se analiza. Por ello, no solo se deberán incluir en la balanza los principios constitucionales invocados, sino todas las demás bienes protegidos, efectos y posibilidades que podrían verse afectados por una decisión en uno u otro sentido⁵⁴⁷.

Las principales razones para que ello ocurra son la importancia relativa de otros derechos frente al mismo, y la poca capacidad de aportar antecedentes de interés público de determinadas informaciones.

Por ello, como hemos ya señalado, podrán invocarse muchas otras consideraciones, estén ellas o no expresamente reconocidas en un texto constitucional o legal. En muchas ocasiones ello será una forma muy apropiada para proteger los “derechos de los demás”. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha señalado que si bien los juicios son en general asuntos de interés público, aquellos que se refieren a materias de familia

⁵⁴⁴ CEDH No 22954/93, *Abmed and others v. Reino Unido*, de 2 de septiembre de 1998, párrafo 54.

⁵⁴⁵ STC 159/1986, FJ 6; STC 20/1990, FJ 4; y STC 171/1990, FJ 5.

⁵⁴⁶ STC 173/1995; y STC 176/1995.

⁵⁴⁷ El conflicto se da también con otros elementos constitucionalmente relevantes, ya sean ellos principios o bienes jurídicos o cualquiera que sea su denominación, con elementos interpretativos que extienden o limitan, o más bien matizan, ajustan y adecuan para hacerla más consistente con el derecho, la simple comprensión que a primera vista podría hacer un lector de la norma. Pese a no tener el estatus de derecho fundamental, pueden condicionar a estos o limitarlos, porque son herramientas de interpretación de los mismos, y dado que el sistema de protección de derechos fundamentales debe entenderse como un todo cuyo norte magnético es la protección real y concreta de la dignidad humana.

(divorcio, por ejemplo), tienen una mayor restricción respecto de su publicidad⁵⁴⁸. Lo mismo ha señalado el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en situaciones delictuales que afectan a menores⁵⁴⁹.

Otro interés que permitirá imponer restricciones a la libertad de expresión, es la protección del orden público⁵⁵⁰, entendido como seguridad y orden social.

Lo mismo puede decirse de la necesidad de velar por la salud pública, aunque el análisis de este argumento que ofrece una doble dimensión. Por un lado, la información sobre asuntos relacionados con la salud puede constituir un interés público⁵⁵¹, pues genera mejor conocimiento y debate, sensibilización de las autoridades y de la población, entre otras. Pero puede justificar también, en casos especiales, restricciones a la comunicación, siempre luego de un procedimiento de balanceo (restricciones a la publicidad y venta de alcohol y tabaco, inclusión de indicaciones sobre peligrosidad y efectos posibles de los medicamentos, etc.)⁵⁵².

⁵⁴⁸ *Time Inc. v. Firestone* (1976), 424 U.S. 448, 450, 452, 454, 455, 457 referido a un caso de divorcio que involucró a personas de alto perfil y que tuvo una gran cobertura periodística, incluyendo acusaciones de adulterio y maltrato. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró que la demandante era una persona privada, y que el requisito legal de demandar para obtener el divorcio no podía llevar a considerar dicho acto como un consentimiento a la publicidad de la vida privada, “aun cuando los problemas maritales de personas extremadamente adineradas puedan ser de interés para alguna parte del público lector”, pues ello no añadía “casi nada en pos de un avance hacia el debate desinhibido en asuntos públicos”. En este caso, nos parece adecuado el criterio del tribunal, en cuanto a excluir del ámbito de lo “noticiable” a la los juicios de divorcio y a la información en ella contenida, dado los claros perjuicios que ello ocasionaría a las personas involucradas y a sus familias (especialmente a los menores de edad). Sin embargo, este no fue el razonamiento utilizado. En su voto disidente, el juez Marshall sostuvo que la demandante era una persona conocida en *Palm Beach*, y que el hecho de haber dado varias conferencias de prensa mostraba un claro ánimo de aceptar la publicidad, y al hecho de que esta existió, de hecho, en forma abundante. Según los estándares fijados en *Gertz*, ello sería un claro indicio del carácter público de la demandante, dado su acceso a la prensa y a haber observado la conducta opuesta al abogado *Gertz*, que nunca tuvo contacto con la prensa. *Time Inc. v. Firestone* 424 U.S. 484-487 (1976).

Cabe señalar que esta jurisprudencia representa un cambio frente a los criterios preexistentes, como puede verse en *Berg v. Minneapolis Star & Tribune Co.*, 79 F Supp. 957 (Minn.1948), en el que el Tribunal señaló que “el pueblo norteamericano tiene interés en las noticias relativas a los procedimientos y juicios (...)”.

⁵⁴⁹ En España, la cantante Sara Montiel fue involucrada en un caso de tráfico ilícito de menores (adopciones), frente a lo cual, el Tribunal Constitucional correctamente señaló que si bien ella podía ser uno de aquellos personajes “que alcanzan notoriedad pública tanto por su actividad profesional, como por la habitual divulgación en medios de comunicación de circunstancias diversas de su vida privada personal y familiar” dicho carácter no podía extenderse a sus hijos adoptivos, aun cuando el caso versara sobre ellos.

⁵⁵⁰ El Convenio Europeo utiliza un lenguaje diferente al de otros instrumentos internacionales.

⁵⁵¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los asuntos de salud pública son de interés público. CEDH No 25181/94, *Hertel v. Suiza*, de 25 de agosto de 1998, párrafo 31.

⁵⁵² El mismo criterio podría ser utilizado, el día de mañana, para la comida chatarra, las ondas eléctricas, la radiación solar (asociada al turismo y al deporte, por ejemplo) y muchos más. De hecho, se utiliza en la rotulación de alimentos y de una serie de productos, que señalan fecha de vencimiento, composición, características químicas (PH, etc.) y una serie de advertencias varias (producto inflamable, no dejar al alcance de los niños, no inhalar, en caso de contacto con los ojos comunicarse inmediatamente con el médico, etc.), o incluso indicaciones de uso (aplicar abundantemente y repetir luego de baño o transpiración). Basta con ver la larga lista de indicaciones que existe cada vez que compramos un medicamento. Así, por ejemplo, el TSA rechazó por inconstitucional una prohibición de publicitar los precios de las bebidas alcohólicas

Algo similar ocurre frente a las campañas electorales, que por un lado suponen un amplio debate y el máximo grado de protección a la circulación de información que sea imaginable, y por otro, algunas modulaciones vinculadas con una mejor formación de la opinión pública y el propio desarrollo del proceso político y electoral, objetivos típicamente institucionales. Así, por ejemplo, se limita la publicidad en los días previos a los actos electorarios, pues ello podría enrarecer o tensionar el ambiente y generar informaciones que podrían ser dejadas sin posibilidad de confrontación y réplica. Con la misma lógica, se ha regulado y limitado el gasto en campañas y los mecanismos de financiamiento por la vía de donaciones de dinero, aun cuando este se ha considerado como una clara forma de expresión. De esta manera, se busca asegurar, por diferentes vías, un acceso relativamente homogéneo de los candidatos a los electores, favoreciendo el debate y la participación de todos los candidatos (es decir, la libertad de expresión), más allá de sus medios financieros (que constituirían “restricciones indirectas”, según lo señalado más arriba)⁵⁵³. Por lo mismo, podría incluso decirse que son regulaciones y restricciones *en favor* de la libertad de expresión.

Otra situación frente a la que se ha tenido un especial cuidado son las vinculadas con las creencias religiosas, aunque ello si puede considerarse, más claramente como una situación de protección de los derechos de los demás⁵⁵⁴, así como de mantenimiento de la paz social⁵⁵⁵.

7.- Especial referencia a las restricciones derivadas del ejercicio de la función pública

Una fuente de restricciones que nos merece una mayor detención para los efectos de esta investigación emana de los deberes y facultades asignadas a diferentes funciones públicas y que suponen, por sí mismas, una capacidad expresiva limitada.

Estas modulaciones o restricciones emanan muchas veces del rol social asumido por una persona, y de las expectativas que se esperan respecto de su conducta. Por lo mismo, rara vez serán permanentes, pues estarán vinculadas al mantenimiento de dicha posición institucional. Un ejemplo claro de esta situación

fuera de los recintos de venta, pues no parecía claro que ello ayudara a realizar el objetivo de reducir el consumo, como si lo hacían otras medidas (alza de impuestos específicos, campañas de educación, etc.). *Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996).

⁵⁵³ Ver las referencias que se efectúan en el trabajo de PEÑA sobre FISS. Carlos PEÑA, “*El Sonido del Dinero. El Gasto Electoral y la Libertad de Expresión*”, Estudios Públicos 87 (2002).

⁵⁵⁴ En el caso que afectó al cortometraje llamado “Visiones de Éxtasis”, que incluía imágenes de lesbianismo y sadismo asociadas a Santa Teresa de Jesús, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la restricción se justificaba en la protección de los derechos de los demás. CEDH No 17419/90, *Wingrove v. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1996, párrafos 19, 48, 52 y 57.

⁵⁵⁵ CEDH No 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, sentencia del 20 de septiembre de 1994, párrafo 46. Una película que iba a ser exhibida en privado fue censurada, por resultar ofensivas a las creencias de terceros (párrafo 49), considerando en su decisión que en la región del Tirol la proporción de católicos llegaba al 87% y podía afectar el orden público (52 y 56.) En un sentido similar, los artículos 20 del Pacto y 13, párrafo 5 de la Convención Americana condenan toda apología del odio religioso, pero más que por su contenido, por los efectos que puede provocar.

es el deber de silencio y confidencialidad impuesto a los militares, especialmente relacionados con los secretos de seguridad y defensa⁵⁵⁶.

Una situación similar se observa en el caso de los jueces, que deben cuidar de mantener una imagen de imparcialidad. Ello puede verse, por ejemplo, en el caso Perna con Italia, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reprochó la militancia política de un fiscal en un caso que involucraba la investigación de denuncias políticas contra el ex premier Giulio Andreotti, pues ello podía afectar la credibilidad de la misma. Asimismo, los jueces suelen tener facultades limitadas para responder las acusaciones de que son objeto.

La jurisprudencia española también nos ofrece ejemplos de este tipo de restricciones. Por ejemplo, la STC 101/2003 señala en su FJ 3, sostiene que “(...) las personas que ostentan la condición de funcionarios...habrá que tener muy en cuenta la posición institucional del supuestamente ofendido”. Luego, en su FJ 4 agrega que “(...) la doctrina de este Tribunal sobre la libertad de expresión de los funcionarios que se inició con la STC 81/1983, de 10 de octubre, en la que se declaraba que si bien "en una primera etapa del constitucionalismo europeo (...) solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (...) al uso de determinadas libertades y derechos”, tras la Constitución española de 1978 hay factores que “contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano”. Obviamente esa libertad estará sujeta a límites, pero ellos “dependerán de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate. También tendrá relevancia el que la actuación tenga lugar en calidad de ciudadano o de funcionario y el que la misma ponga o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores y comprometa el buen funcionamiento del servicio.

Asimismo, en la STC 69/2006 referida a las críticas realizadas en forma pública por un Ministro a sus funcionarios, señala, en su FJ 4 que las instituciones públicas tienen una libertad de expresión restringida en comparación con el resto de los ciudadanos, pues, “mientras aquéllos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ CEDH No 28396/95, *Wille v. Liechtenstein*, sentencia del 28 de octubre de 1999, párrafo 41.

⁵⁵⁷ STC 69/2006 FJ 2, citando para ello el ATC 19/1993, de 21 de enero). Sin embargo, esta sentencia tiene un interesante voto particular, formulado por el Magistrado Pascual Sala Sánchez. En concreto, esta sostiene que “las declaraciones del Secretario de Estado de Hacienda, efectuadas en una rueda de prensa que tuvo lugar el 29 de marzo de 1988, habían constituido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de los funcionarios a que antes se ha hecho referencia y para reconocerles, también, el derecho a ser indemnizados por los daños morales sufridos” y que “el deber de diligencia en contrastar la información que se va a transmitir con datos objetivos sea más estricta cuando se trata de un responsable político que cuando se refiere a un profesional de la información”.

Por ello, concluye señalando que “si las personas sobre las que recayó la información efectuada por el Secretario de Estado de Hacienda tenían carácter público, puesto que dicho carácter comprende no sólo a políticos, sino también a funcionarios, y más aún si ocupaban puestos relevantes, como era en el caso aquí contemplado, en el Centro de Gestión Catastral de Gerona (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7 y FJ 8); si la comunicación a la prensa de la apertura de un expediente sancionador a un funcionario, como reacción frente a una noticia publicada,

8.- Posibilidad de establecer restricciones y ampliaciones a la libertad de expresión fundadas en el buen funcionamiento de la democracia y sus instituciones.

La dimensión institucional de la libertad de expresión y de información “puede servir un doble objetivo: por un lado, contribuye a reforzar la protección que debe brindarse a la libertad de expresión cuando ésta colisiona con otros derechos, pero, por el otro lado, paradójicamente también puede servir para privar a la libertad de expresión de ese aspecto “no transable” que caracteriza a los derechos humanos”⁵⁵⁸, abriendo “las posibilidades de discusión sobre eventuales circunstancias en las que se justifiquen ciertas restricciones a la libertad de expresión en función, precisamente, del fortalecimiento de la democracia”⁵⁵⁹. Es decir, la dimensión institucional de la libertad de expresión podría servir para justificar restricciones y regulaciones a la misma, así como restringir la libertad del legislador para obrar en uno u otro sentido⁵⁶⁰.

Ejemplos de estas restricciones son las que se fundan en la necesidad de que “todos tengan una igual oportunidad para hablar y ser escuchados”⁵⁶¹, como por ejemplo las que limitan y regulan la propaganda electoral, las que establecen requisitos de pluralismo informativo y combaten la concentración económica en los medios de comunicación, las que justifican subsidios especiales.

En este punto, vuelve a cobrar relevancia el hecho de que la libertad de expresión pueda justificarse también desde otras perspectivas, evitando con ello el riesgo que “el fundamento democrático de la libertad de expresión se transforme en un argumento autodestructivo, es decir, que justifique cualquier limitación a la libertad de expresión autorizada por la mayoría”. Cabe recordar que ello ha

puede considerarse amparada en el art. 20.1 d) CE (STC 227/1992, FJ 5); si, inclusive cuando se está ante la transmisión de información por un responsable público ha de prevalecer ésta en tanto la noticia transmitida no sea gratuita o notoriamente infundada, sin que el hecho de haber sido archivado el procedimiento en que se hacían insinuaciones de beneficios ilegales pueda implicar falta de veracidad (STC 19/1996, FJ 3); si, por lo antes razonado, no existía ninguna discordancia entre lo informado acerca de la apertura del expediente y su contenido, la conclusión debió ser la del otorgamiento del amparo, al haberse vulnerado el derecho fundamental a transmitir información veraz y, en último término, al no poderse calificar de coherente y razonable la argumentación de las Sentencias recurridas (arts. 20.1 d) y 24.1 CE)”.

⁵⁵⁸ Ximena FUENTES TORRIJO, *“La Protección de la Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Promoción de la Democracia”*, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 13 (2002), p. 230.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 230. La autora señala que esta última consecuencia también es identificada por BARENDT. Eric BARENDT, *“Freedom of Speech”*, Clarendon Press, Oxford (1985), p. 21.

⁵⁶⁰ Lee BOLLINGER, Lee, *“The Tolerant Society: a Response to Critics”*, en *Columbia Law Review* 90 (1990). En *Contra*, Frederick SCHAUER, *“Free Speech: a Philosophical Enquiry”*, Cambridge University Press (1982), p. 40-41. Este autor sostiene que “cualquier limitación en el poder de la mayoría, tal como el principio de la libertad de expresión, es por su naturaleza anti-democrático y anti-mayoritario”.

⁵⁶¹ Owen FISS, *“Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power”*, Westview Press (1996) p. 87, citado por Ximena FUENTES TORRIJO, *ob. cit.*, nota 558, p. 239. Al mismo tiempo FUENTES TORRIJO recuerda que “en todo caso, la democracia no se reduce simplemente a sancionar la regla de la mayoría, sino que ésta a su vez se justifica porque permite el establecimiento de una sociedad pluralista, tolerante y abierta”, como tantas veces lo ha señalado el TCE, el TEDH y la CEDH, entre otros tribunales. Ximena FUENTES TORRIJO (2002), *ob. cit.*, nota 558, p. 261.

permitido el desarrollo de una serie de medidas y criterios interpretativos que limitan este riesgo, entre las que destaca el respeto al contenido esencial de todos los derechos, que siempre deberá ser respetado (entendido como aquello que lo define y distingue de otros, impidiendo que su contenido sea completamente indeterminado y relativo).

Los sistemas políticos tienen diversos grados de madurez, estabilidad y profundidad. Bajo ese entendido, si hacemos el ejercicio de trazar una línea imaginaria donde en un extremo ubiquemos la máxima libertad de prensa, y en el otro, la máxima protección de la honra, la privacidad y otros derechos que pueden ser afectados por su ejercicio, deberemos decidir en qué punto de dicha línea fijamos la protección ofrecida por el derecho. Además de las naturales diferencias de criterios existentes entre los intérpretes, diversas razones y circunstancias podrán hacernos cambiar de parecer, privilegiando la vigencia de ciertos bienes en desmedro de otros.

En regímenes con instituciones débiles o imperfectas, la labor de la prensa se vuelve insustituible a la hora de denunciar abusos y atropellos, probablemente frecuentes. Lo anterior hace que cualquier intromisión, por disruptiva que esta sea, quede justificada como un mecanismo de prevención frente riesgos significativos de abuso de poder e injusticia.

Sin embargo, en sociedades más evolucionadas, donde las instituciones funcionan normalmente y están establecidos los canales adecuados para representar y corregir injusticias, deberemos situar nuestro plomo en otro lugar de la línea, desplazándolo un poco más hacia la protección de los involucrados (jueces, partes, testigos, peritos, etc.) y hacia el cuidado de la institucionalidad alcanzada, obligando a la libertad de prensa a retroceder algunos espacios.

Creemos que ello no debe considerarse una “pérdida” de libertad, porque precisamente esta mayor protección a los derechos de las personas es posible gracias a que en la institucionalidad lograda y a los naturales beneficios que ello conlleva para la libertad y la institucionalidad política en general. La función de “perro guardián” que se le había asignado a la prensa, carece de sentido y funcionalidad en una sociedad bien estructurada, pudiendo incluso temer legítimamente la existencia de un “perro guardián” que a ratos se vuelve “bravo y rabioso”, por lo que conviene mantenerlo debidamente enrejado, amaestrado y amordazado).

Este problema quizá puede verse en forma más aguda en países con consolidaciones democráticas relativamente recientes, donde muchas veces se ha dotado a la prensa de un estatuto de libertades amplio y poderoso, y donde los derechos de la personalidad tienen una preponderancia secundaria frente a la necesidad de controlar los actos de gobierno. Sin embargo, es posible que con el correr del tiempo comience a existir una creciente demanda ciudadana en torno a restringir las acciones comunicativas agresivas, perjudiciales y socialmente innecesarias, máxime si ellas son cometidas en forma poco responsable por medios masivos y que gozan de una relativa confianza pública.

9.- Interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad de expresión.

Existe consenso en que las limitaciones de que sea objeto la libertad de expresión deben establecerse e interpretarse en forma restrictiva, pues afectan a un derecho de carácter fundamental para la vida democrática y el desarrollo personal, y pueden utilizarse en forma abusiva⁵⁶². Por ello, las circunstancias que la justifican deben ser estudiadas con especial atención⁵⁶³, y su necesidad debe establecerse de manera convincente⁵⁶⁴.

Además, tanto el sistema europeo como el americano las convenciones que les dan sustento señalan que las restricciones legales sólo pueden establecerse para lograr los fines señalados por ellas mismas⁵⁶⁵.

Uno de los aspectos más relevantes en este sentido se refiere a la posibilidad de recurrir al Derecho Penal como una forma de proteger algunos bienes jurídicos frente a las afectaciones producidas por la libertad de información, cuya pertinencia ha sido expresamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo, se ha señalado que el recurso a este tipo de medidas debe ser excepcional y limitado a situaciones de especial gravedad, donde otras medidas de menor impacto (generalmente, más no siempre, las sanciones civiles y administrativas) no puedan alcanzar el efecto esperado⁵⁶⁶.

La tarea de administrar estas sanciones con especial cuidado y prudencia estará entregada, naturalmente, a los Tribunales de Justicia, lo que obligará a los jueces de competencia penal a interpretar las figuras tipificadas en armonía con el mandato de máxima vigencia del sistema de derechos fundamentales que la Constitución Española ha encomendado a todos los órganos del Estado, considerando también que las libertades expresivas tienen carácter constitucional, mientras las normas sancionatorias son de rango legal⁵⁶⁷, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos.

En la práctica, esta exigencia ha llevado a una marcada tendencia a la reducción de las condenas por injurias y calumnias, y en general, de todas aquellas sanciones que puedan tener un efecto inhibitor de la libertad de expresión.

⁵⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Número 69/98, *Olmedo Bustos y otros v. Chile (La Última Tentación de Cristo)*, caso 11.803, párrafo 79.

⁵⁶³ CIDH, Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85 (1985), párrafo 42.

⁵⁶⁴ CEDH No 13585/88, *The Observer and Guardian v. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991, párrafo 59. Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85 CIDH, párrafo 37.

⁵⁶⁵ CIDH, Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85 (1985), párrafo 40.

⁵⁶⁶ STC 51/1985 FJ10. El Tribunal Supremo se ha manifestado en forma similar: STS de 21 de abril de 1980 (sala segunda); STS de 29 de Septiembre de 1980; y STS de 13 de febrero de 1981 (sala segunda).

⁵⁶⁷ STC 159/1986, FJ 7.

III.- Limitaciones a la libertad de expresión e información fundadas en el derecho a un juicio justo.

1.- Cuestiones preliminares.

El Convenio Europeo autoriza, en su artículo 10.2, las restricciones y regulaciones a la libertad de expresión cuando ella tiene por objeto una causa legítima y justificada. Entre otros, los bienes que menciona como dignos de protección, y que por lo mismo podrán entrar en conflicto con las libertades expresivas, se encuentra la necesidad de proteger “la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial”⁵⁶⁸, lo que faculta a las autoridades nacionales a establecer “formalidades, condiciones, restricciones o sanciones a la libertad de expresión”. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy restrictivo para aceptar limitaciones en este sentido, como hemos visto precedentemente.

Siendo los Tribunales un elemento estructural de cualquier sistema democrático y del propio estado de derecho, se ha estimado que su protección frente a ataques injustificados⁵⁶⁹, frente a los cuales, por lo demás, tienen escasa capacidad de responder⁵⁷⁰, es fundamental para garantizar la confianza que la comunidad debe tener en su la labor. Sin embargo, ya veremos que ello no lleva a impedir la crítica a su función, actuaciones o sus personas, sino que sólo implica una modelación particular de la misma. En el fondo, se trata de que la confianza en ellas no sea injustamente afectada, valorándose como un elemento esencial para su buen funcionamiento en todos los espacios en que la crítica se haga justificadamente.

Adicionalmente, hemos señalado anteriormente que la propia lógica de la ponderación impide establecer listas taxativas de causales de limitación de un derecho fundamental. Por ello, aún sin estar expresamente mencionadas en una Constitución o un Tratado, podrían considerarse otras causales vinculadas con la administración de justicia y con los derechos envueltos en la misma, a la hora de establecer restricciones legítimas a las libertades de expresión e información. De esta forma, la protección de los derechos de las partes, el principio del debido proceso y el principio y el derecho a la presunción de inocencia, entre otras, podrán invocarse con este propósito.

Por la misma razón, la ausencia de mención expresa en este sentido que vemos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, no puede considerarse como una desprotección a dichos intereses o como el establecimiento de un estándar diferente, bastando para ello recurrir a la doctrina de los derechos implícitos o tácitos.

Adicionalmente, si realizamos una interpretación armónica de dichos textos, podremos fundar la protección de los mismos elementos en las normas que garantizan el derecho a un juicio justo.

Los criterios señalados en los capítulos anteriores, respecto a las exigencias que deben satisfacer estas restricciones, son de plena vigencia en lo que se refiere a la

⁵⁶⁸ Esta cláusula habría sido incorporada en el texto a petición del Reino Unido (la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, expresión que debía interpretarse que incluye la protección de los derechos de los litigantes). CEDH No 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de enero de 2000, párrafo 45.

⁵⁶⁹ CEDH No 31611/96, *Nikula v. Finlandia*, de 21 de marzo de 2002, párrafo 48.

⁵⁷⁰ CEDH No 15974/90, *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 abril 1995, párrafo 34.

Administración de Justicia. Por ello, las medidas que restrinjan la libertad de expresión e información con el objeto de salvaguardar la autoridad del Poder Judicial y la imparcialidad de los órganos judiciales deben estar autorizadas por ley, perseguir un fin legítimo, y ser necesarias y proporcionadas dentro del marco exigido por una sociedad democrática. Ello implica, entre otras cosas, que deben ser mínimas, excepcionales y generalmente transitorias.

Adicionalmente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha señalado que el criterio utilizado clásicamente en el derecho anglosajón para el “contempt of court”, que autorizaba ordenar restricciones a la expresión de informaciones que pudieran afectar el prestigio del Poder Judicial o su buen funcionamiento, no podían estar basadas en una probabilidad de provocar un perjuicio, sino seguir el criterio de “peligro grave e inminente”⁵⁷¹.

1.1.- Particularidades de la crítica dirigida a la Administración de Justicia.

Hemos insistido en la importancia y conveniencia de que en las sociedades democráticas los poderes públicos estén expuestos al escrutinio público y a las críticas de parte de la comunidad, habiendo probado ser un refuerzo estructural muy importante en beneficio de un buen funcionamiento de los mismos y de la reducción de los casos de corrupción⁵⁷².

Dentro de esa lógica, dado que el poder judicial y sus instituciones auxiliares son, en general, poderes públicos que detentan una función otorgada constitucionalmente, no hay ninguna razón que aconseje excluirlas de plano de este mecanismo de control y legitimidad⁵⁷³, sino por el contrario, pueden observarse en ella importantes beneficios⁵⁷⁴.

Las críticas en este sentido pueden referirse, por ejemplo, a la duración de los juicios y sus costos, los sistemas de selección, nombramientos y ascensos, con sus criterios y prácticas jurídicas, entre tantas otras. O bien a la forma en que se ha conducido y fallado un caso concreto o interpretado una determinada norma. Sin

⁵⁷¹ Dow Jones & Co., Inc. v. Simon, 488 U.S. 946 (1988). La prohibición de una manifestación a las afueras del edificio de los tribunales no estaría relacionada con la protección de su autoridad e imparcialidad (United States v. Grace, 461 U.S. 171 (1983)). Ver además María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 224 y los casos allí citados

⁵⁷² Agustín PEREZ RUIZ, “La crítica jurídica adversus política de las resoluciones judiciales”, Derecho y Jueces, núm. 45 (2008), pág. 1-2. Sobre el particular, la Recomendación 13 (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su principio número uno recogen el derecho de los medios a informar y del público a recibir información sobre el sistema judicial.

⁵⁷³ El TCE ha señalado que “la independencia del Poder Judicial constitucionalmente garantizada, lo es respecto de la adopción de decisiones por los órganos judiciales, pero no se ve afectada por la opinión que de las mismas puedan expresar los ciudadanos, quienes pueden legítimamente criticarlas siempre que no traspasen los límites ya referidos. STC 173/1995.

⁵⁷⁴ GIMENO SENDRA señala que todos los jueces deben ser susceptibles de crítica, porque así lo exige la necesidad de escrutinio social propio de una democracia y del procedimiento judicial (publicidad procesal y libertad de información), y porque la “auctoritas” de los jueces “no cabe encontrarla en un misterioso carisma, sino en su sumisión a la Ley y su aptitud para interpretarla de conformidad con los valores constitucionales”. Además, señala que la crítica puede contribuir a la evolución de la jurisprudencia y a generar confianza social en el sistema de justicia. Esta opinión nos parece especialmente interesante por provenir de un autor que a la vez es juez y académico especializado en derecho procesal. Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. GIMENO SENDRA, ob. cit, nota 82, p 1.

embargo, como en toda situación particular, pueden existir algunas situaciones que justifiquen la consideración de otros argumentos y bienes, llevándonos a un balanceo entre ellos. Más allá de los detalles a que pueda llevarnos siempre el particularismo, también existirán situaciones que puedan darnos luces y orientaciones de carácter más o menos general.

En la situación que comentamos, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria postula el principio de crítica general y protección reducida de los funcionarios públicos respecto del honor, la intimidad y vida privada frente a la libertad de información y expresión, podría ser matizado con el objeto de garantizar la protección de ciertos bienes prioritarios, relacionados con el derecho a un juicio justo (imparcialidad, autoridad de la justicia, presunción de inocencia, éxito de la investigación, rehabilitación del autor de un hecho punible, entre otros), así como a otras situaciones que analizaremos a continuación.

El aporte que la prensa realiza efectivamente en la mayoría de las sociedades contemporáneas es fundamental, lo que influirá a la hora de realizar el balanceo. Sin embargo, todo indica que los análisis que de hecho realiza la prensa sobre los asuntos más relevantes asociados a la administración de justicia, si bien logran captar la atención general por causa de la espectacularidad de los sucesos y la tensión dramática propia de un proceso judicial, han sido insuficientes para generar un debate fuerte, informado y vigoroso a nivel masivo, y que además, este debate incluso es poco frecuente a nivel de abogados y otros especialistas (la carencia de revistas y medios especializadas al respecto podría revertir parcialmente esta situación).

La creciente cobertura dada por los medios a las actuaciones judiciales se relaciona sobre todo con ciertos casos judiciales, especialmente atractivos en razón de su espectacularidad o de las personas involucradas, y aunque el interés público de ellas es innegable, al mismo tiempo nos muestra que confiar a la prensa un cierto control sobre las actuaciones judiciales es muy relativo y limitado. Además, muchos actores de un proceso podrán temer la exposición mediática en caso de cometer un delito o un acto impropio, lo que de suyo ejercerá una función preventiva positiva, lo que muestra la conveniencia de la publicidad de los juicios, aun en las precarias condiciones que señalamos.

De los millones de causas que se ventilan en los tribunales de un país, sólo unas pocas son mencionadas por los medios, y el criterio de selección muchas veces tiene que ver con la polémica, la espectacularidad, la vinculación a personajes públicos o del mundo del espectáculo que el caso ofrece, más que con su funcionamiento institucional, o con aquello que más intensamente podríamos llamar “interés público”. El análisis de la calidad técnica de la resolución o de su análisis jurídico, quedará limitado en general al reducido círculo académico, lo que si bien contribuye al control de los mismos, no tiene el impacto ni la capacidad de generar debate público que posee un medio masivo⁵⁷⁵.

Muchas normativas, entre las que destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos, afirman que la libertad de expresión es un derecho fundamental en la

⁵⁷⁵ Esta realidad, cuya importancia es creciente, resalta la conveniencia de no contar con jueces electos popularmente, de modo facilitar al juez su sujeción a la ley y no a la popularidad, sobre todo considerando el carácter habitualmente contra mayoritario del derecho y en especial de algunas garantías constitucionales.

estructuración de una vida democrática, pero al mismo tiempo señalan que la posibilidad de criticar e informar aspectos relativos al mundo de los tribunales de justicia debe conciliarse con la necesidad de que los ciudadanos tengan confianza en el Poder Judicial y en la vigencia general del Estado de Derecho.

Naturalmente, esta confianza no puede construirse sobre bases fraudulentas, entregando a la ley la generación de un estado de cosas que no tiene sustento en la realidad. Por el contrario, lo que se busca es que la población pueda gozar de la mínima confianza que busca generar el estado de derecho, sin la cual, el malestar y el sentimiento de injusticia afectará gravemente la vida política y social.

En concreto, dado que la población en general no tiene un contacto directo ni un conocimiento adecuado del sistema de administración de justicia, depende en buena medida de las informaciones esporádicas que los medios difundan, por lo que se busca que en esa labor la autoridad, confiabilidad y prestigio de los tribunales no sea mancillada en forma arbitraria o irresponsable.

Las razones que puedan existir para limitar la libertad de expresión e información fundada en la protección de la confianza en la administración se encuentran plenamente justificadas, y permitirán la realización de un juicio de balanceo en cada caso particular. Esta situación nos lleva a considerar que aunque sea menos mencionado, y aunque su espectro más aparentemente más particular y menos notorio, la confianza en la justicia también es un pilar estructural del que depende el buen funcionamiento de un sistema democrático, y por lo que ofrece buenas posibilidades de intervención y protección por parte del Estado. Es decir, la autoridad del poder judicial es un bien jurídico de especial relevancia y que merece protección constitucional, y por lo mismo, podrá estar presente en cualquier proceso de ponderación.

Luego de la breve introducción recién señalada, queda claro que en las sociedades democráticas las preguntas que pueden plantearse en torno a las relaciones que deben existir entre los medios de comunicación y poder judicial son muchas y de gran importancia. ¿Quién, cuándo y cómo puede criticar al Poder Judicial? ¿Tiene esa crítica alguna limitación? ¿Debe esta crítica buscar alguna funcionalidad? ¿Tienen los Tribunales obligaciones para con los medios, o hacia la población, en cuanto a difundir o facilitar determinada información? ¿Qué tratamiento deberán tener los derechos de terceros (partes, abogados, testigos, entre otros)? ¿Tiene la información sobre asuntos judiciales, o sobre personas involucradas en procesos, consecuencias negativas que deban ser prevenidas? ¿Tienen los medios de comunicación inmunidad para conseguir y publicar toda información que presente un interés público? ¿Debe la imagen de los tribunales y de la justicia ser protegida de ataques infundados? Estas preguntas, y muchas más, surgirán espontáneamente en quien comience a adentrarse en estas materias, y su respuesta rara vez será simple y uniforme⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ A modo de ejemplo, resulta interesante consignar algunas de las conclusiones y resultados que pueden extraerse del cuestionario realizado a jueces y periodistas, realizado en el I Encuentro Jueces-Periodistas, y que ilustran sobre la complejidad de estos asuntos. Por ejemplo, la mayoría de los jueces opina que la Administración de Justicia debe acostumbrarse a la lícita presión de los medios (pregunta 2). Todos opinan que deben desaconsejarse las comparencias públicas ante los medios de testigos y peritos mientras se encuentra pendiente el proceso criminal (pregunta 5). Casi todos coinciden que mientras se desarrolla el proceso judicial debe desaconsejarse la publicación del contenido del expediente judicial (actas de declaración,

1.2.- Un sistema integrado por una multiplicidad de actores.

1.2.1.- Dificultad de establecer reglas generales y universales frente a la crítica y los riesgos que la información implica a la función judicial.

Antes de proseguir con el análisis, debiéramos resolver la cuestión de los sujetos e instituciones que deben ser protegidos cuando el objetivo es velar por la imparcialidad y el prestigio del Poder Judicial. En efecto, el Poder Judicial está caracterizado por el ejercicio de una función pública crucial, la cual es resolver conflictos con carácter permanente (efecto de cosa juzgada)⁵⁷⁷. Este elemento nos parece el punto central de la capacidad jurisdiccional, y será de gran importancia cuando posteriormente analicemos otras situaciones que presentan conflictos (justicia mediática, etc.).

Si bien el protagonismo y responsabilidad última del funcionamiento del poder judicial recae en los jueces, es evidente que en su gestión participan muchos otros actores, que en mayor o menor medida, requieren protección para cumplir el objetivo arriba señalado (ministerio Fiscal, policías, etc.).

Al mismo tiempo, deben hacerse precisas distinciones de aquello que no estará relacionado con la función judicial. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia es parte del Poder Ejecutivo y tiene un activo rol en la ejecución y administración de justicia de un país, pero no forma parte de la función judicial ni del Poder Judicial. Administra cárceles, propone modificaciones legales (orgánicas y procesales), intercede ante el Ministerio de Hacienda para que la ley de presupuestos considere los costos de una adecuada administración de justicia, y puede incluso realizar una campaña comunicacional para explicar un nuevo procedimiento o el aporte que los tribunales hacen al país, por señalar sólo dos ejemplos. Pero por razones de orden, aunque forme parte del “sistema judicial”, no forma parte del Poder Judicial, y entre ambas existe una diferencia cualitativa. Por ello, sus necesidades, lógicas, objetivos, lenguajes y estructuras, difieren significativamente de las del “Poder Judicial”, lo que naturalmente tendrá repercusiones al momento de relacionarse con la comunidad y los medios de comunicación, y con los derechos que benefician y afectan a unos y otros.

Por otro lado, no se puede confundir la función judicial con el Poder Judicial, pues este último involucra también a otras funciones -como las administrativas- que no pueden considerarse parte de la función jurisdiccional. De otro lado, la función judicial la realizan todos los tribunales previstos por la constitución y la ley, y que podrán tener un carácter especializado, más no especial (art 117 Constitución Española).

informes, resultado de determinadas diligencias de investigación) (mientras la mayoría de los periodistas opina que no) (pregunta 6). La mayoría considera que resulta necesaria una regulación más detallada de las causas que permitan acordar la celebración de los juicios a puerta cerrada (pregunta 7).

⁵⁷⁷ Sabemos que los conflictos son una característica propia de la vida del hombre, y que ellos tienen muchas maneras de solucionarse. Sin embargo, cuando es un tercero el que tiene la facultad para resolver una disputa -ya sea porque las partes o la ley se la han conferido-, y posteriormente, tienen la capacidad de hacer ejecutar lo fallado y el poder de prohibir que el caso vuelva a discutirse en el futuro (al menos como conflicto con asignación de derechos y sanciones), estamos frente a la función judicial.

Por esta razón, el criterio más bien orgánico que caracteriza a la expresión “Poder Judicial” no resulta satisfactoria ni completa para analizar el caso que estamos tratando, porque obliga a tratar por igual a funciones desiguales, y ofrece el riesgo de privar de protección a funcionarios o actores que son cruciales para el objetivo buscado. De hecho, dentro del llamado Poder Judicial, es evidente que las responsabilidades, funciones y exigencias que pueden pedirse a la administración del “Poder Judicial” difieren por completo a las exigibles a los jueces, que deben garantizar a las partes imparcialidad e independencia en su actuación.

Por otro lado, funcionarios, fiscales y auxiliares de la administración de justicia (secretarios, notarios, receptores, etc.) también ofrecen temáticas y necesidades diferentes. E incluso podría decirse que los abogados, los académicos y las partes involucradas en un proceso, e incluso los periodistas y la prensa que a ella se refiere, en cierta medida forman parte del sistema judicial, o al menos, con el que se comunica con él, siendo capaces de afectarlo y generar reacciones. Pero como veremos con mayor profundidad, ninguno de ellos tiene funciones jurisdiccionales⁵⁷⁸.

Para los objetivos de este trabajo, sin embargo, al referirnos al Poder Judicial nos referiremos al subsistema de jueces y a los tribunales donde ejercen su función. En los casos en que sea pertinente extender el concepto, lo señalaremos precisamente.

1.2.2.- Capacidad de la información para afectar negativamente la imparcialidad judicial y la autoridad de los Tribunales de Justicia.

El ejercicio de la libertad de información y de expresión puede afectar de diversos modos otros derechos fundamentales, incluyendo los relacionados con el derecho a un juicio justo⁵⁷⁹. Concretamente, como hemos ya señalado, algunas expresiones pueden afectar la imparcialidad y autoridad del poder judicial, los derechos de las partes, la presunción de inocencia, y muchos otros bienes jurídicos de quienes participan de una u otra forma en un proceso. Por ello, coincidimos plenamente con JUANES PECES cuando sostiene que las campañas de prensa más violentas indudablemente pueden afectar a la imparcialidad de los

⁵⁷⁸ Para el objeto de esta investigación es importante considerar que bajo ningún respecto podemos aceptar que se diga que la prensa ejerce funciones punitivas, pues estas son privativas del Estado. De esta forma, también es equivocado asignar a la prensa funciones jurisdiccionales, aunque sean coadyuvadoras, y en los casos en que este ocurra (por ejemplo, en el caso en que una investigación periodística revele un caso de corrupción o la trama de una organización criminal), esta vinculación deberá considerarse contingente y casual. Acá podría utilizarse el principio de que “no todo es asunto de todos”. El rol de la prensa se agota en la difusión de asuntos (veraces) de interés público (lo que podrá generar una serie de consecuencias, positivas y negativas, pero cuya responsabilidad escapa de la labor de los medios). El objetivo final de este trabajo consiste precisamente en avanzar en este sentido.

⁵⁷⁹ En el estudio barómetro número 2861 CIS de febrero del 2011, algunas preguntas se refieren a la administración de justicia. Respecto a la pregunta de si los medios de comunicación eran capaces de determinar las decisiones de la justicia, un 8.9% se manifestó muy de acuerdo, un 36% de acuerdo, un 12% ni de acuerdo ni en desacuerdo. Menos de un 30 % se manifestó en desacuerdo (23.3%) o muy en desacuerdo (4.4%). Pero se destaca el alto grado de confianza en la independencia de los Jueces ordinarios, tanto como de los miembros del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

jueces, dado el natural temor que puede generar en ellos la reacción de los medios y de la opinión pública ante ciertas decisiones⁵⁸⁰.

Esta situación obligará a tomar medidas de protección y compatibilización entre los diversos derechos en juego, generando situaciones donde muchas expresiones podrán ser reguladas e incluso sancionadas, obligando a la construcción de un equilibrio, a ratos inestable, entre todos los bienes en juego⁵⁸¹.

Por ello, el asunto principal está en lograr determinar cuando una campaña de prensa tendrá por sí misma la capacidad de afectar la decisión de un juez, aunque esto no ocurra finalmente, o cuándo se trata simplemente de el ejercicio del derecho a crítica y a informar, cuya protección constitucional alcanza un alto grado y es fundamental tanto para el proceso judicial como para la vida democrática⁵⁸².

La capacidad de la prensa para afectar los intereses de las partes y la realización de la actividad jurisdiccional ha sido comentada y puesta en relieve por numerosa doctrina y jurisprudencia, y ha sido analizada también en este trabajo al tratar de los juicios paralelos y las agresiones mediáticas de que puede ser objeto un tribunal⁵⁸³.

BRAVO destaca en este sentido el Auto 195/1991, donde el Tribunal Constitucional reconoce que “el clima social imperante como consecuencia de una campaña de prensa puede afectar el desarrollo de un juicio con todas las garantías”⁵⁸⁴.

Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS hace énfasis en la semejanza de los jueces con el resto de las personas, en cuando a que temen y resienten la crítica infundada y escandalosa realizada en forma pública y masiva por medios informativos y de comunicación, que a mayor abundamiento, en la actualidad queda disponible indefinidamente (y fácilmente accesible) gracias a los archivos informáticos. Esta situación no podría sino influir en ellos, como en cualquier persona, en forma consciente o inconscientemente restándoles independencia e imparcialidad⁵⁸⁵.

⁵⁸⁰ Ángel JUANES PECES (2012), ob. cit, nota 24, p. 114.

⁵⁸¹ CEDH No 31611/96, *Nikula v. Finlandia*, de 21 de marzo de 2002, párrafos 45 y 46.

⁵⁸² Ángel JUANES PECES (2012), ob. cit, nota 24, p. 114.

⁵⁸³ Según DE VEGA RUIZ, la esencia del juicio paralelo es la presión contra el tribunal, “supone acoso a la labor judicial” (Caso *Nami* o el “juicio de Alcácer”). Además, “el juicio paralelo implica una presión manifiesta sobre los jueces porque día a día analiza las pruebas, critica las declaraciones testificales o los dictámenes periciales. El juicio paralelo trata de suplantar al juez, opinando caprichosa, imprudente y alegremente de todo cuanto al juicio real se refiere. El daño es evidente porque aún cuando no influya sobre la decisión de los jueces (al menos no debe influir), si proyecta un mensaje obre la sociedad, cuya opinión manipula ostensiblemente (...) se perjudica la credibilidad de la justicia si el fallo de los jueces no coincide con el fallo que el juicio paralelo defiende, ampara y protege”. José Augusto DE VEGA RUIZ, *“Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación”*, Editorial Universitas, Madrid (1998), p. 60-61.

⁵⁸⁴ Gabriela BRAVO, (2012), op.cit. nota 2, p. 57.

⁵⁸⁵ La actual ficción del secreto de las actuaciones sumariales como conflicto de derechos y de poderes. Luís RODRÍGUEZ RAMOS, *“La Actual Ficción del Secreto de las Actuaciones Sumariales como Conflicto de Derechos y de Poderes (Ponencia)”*, en *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos”*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 151. PEREZ MORATE señala que los ataques al juez pueden afectar su neutralidad y afectar la racionalidad de sus decisiones. Jesús Ernesto PEREZ

Aunque minoritarias, también hay opiniones en contra. QUINTERO OLIVARES, por ejemplo, afirma que el hecho de que un juez no pueda conservar la ecuanimidad frente a una agresión mediática sería una prueba de que “esa persona no reúne las condiciones necesarias para ejercer la función jurisdiccional”⁵⁸⁶.

1.2.3.- Protección diferenciada de jueces profesionales y jurados frente al riesgo de pérdida de imparcialidad provocada por acciones comunicativas.

La pérdida de imparcialidad operará de forma diferente según el tipo de juez del que se trate, pudiéndose presumir una mayor resistencia a las críticas y presiones, por ejemplo, de parte de los jueces más experimentados y de más envergadura.

Es común que se afirme que los jurados podrían ser especialmente sensibles e influenciados por las presiones mediáticas. Parece dudoso sostener que diferentes personas, por el solo hecho de detentar posiciones jurídicas o trayectorias profesionales diferentes, tendrán conductas y emociones de diverso tipo, pues cualquier persona puede ser afectada por las presiones y campañas realizadas por los medios de comunicación, así como por determinadas opiniones de terceros (opinión pública, juicio de pares, etc.)⁵⁸⁷.

Pero el tema puede abordarse también desde otras perspectivas.

En efecto, dentro de los muchos posibles resguardos que permitirían fortalecer la imparcialidad de los juzgadores frente a la presión social, están también el entrenamiento y práctica frente a dichos asuntos, el carácter permanente y estable de su posición (incluyendo estabilidad laboral), la formación profesional, además, por cierto, de los aspectos de personalidad.

Por ello, no es la condición de jurado per sé la que expone más a sus integrantes a la justicia mediática, sino la dificultad de ofrecer a los mismos determinados resguardos institucionales. No obstante ello, en muchos de los países que cuentan con un sistema judicial en base a jurados, se adoptan medidas para proteger su imparcialidad e independencia, especialmente frente a la influencia que puedan recibir de terceros⁵⁸⁸.

MORATE, “*El Juez ante la Crítica Pública*”, Revista del Poder Judicial, Número Especial XVII (1999), p. 288.

⁵⁸⁶ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, “*Libertad de Prensa y Protección de la independencia e Imparcialidad del Poder Judicial*”, Revista del Poder Judicial, Número Especial XVII (1999), p. 352. Sin embargo, reconoce que las críticas falta pueden hacer creer a la ciudadanía que la decisión del tribunal es injusta.

⁵⁸⁷ TITUM señala que en el caso de los jurados, con el objetivo de evitar su pérdida de imparcialidad (“influencia perjudicial”) es más relevante el concepto de “margen de apreciación” de los estados señalado por la Convención Europea de Derechos Humanos. Patrick TITUM (1999), ob.cit., nota 260.

En el encuentro Jueces Periodistas, la mayoría de los jueces opinó negativamente en relación a la pregunta sobre la necesidad o conveniencia de que el juicio por jurados fuera objeto de un tratamiento específico (pregunta 15).

⁵⁸⁸ En este sentido, por ejemplo, el art. 40 LOTJ permite la interrogación de los testigos por las partes y la recusación sin expresión de causa de hasta cuatro de ellos. El art. 54 LOTJ señala que “los Jurados que en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia, en los términos del art. 14 LOPJ podrán dirigirse al Magistrado-Presidente para que les ampare en el desempeño de su cargo”.

La doctrina mayoritaria considera que los criterios exigidos para evaluar la imparcialidad de los jurados⁵⁸⁹ deben ser distintos a la de los jueces profesionales, más habituados a las presiones y críticas, y con una mayor consciencia respecto de su rol social⁵⁹⁰.

DEL RIEGO señala que esta diferencia quizá pueda existir, aunque no sería mayor que la que puede ejercer “la ideología, el partido al que se pertenece o la labor de la defensa o del fiscal en la fase del juicio oral”⁵⁹¹. ROXIN señala que la sustentabilidad del sistema legal supone que también el juez lego “conoce y tiene presente su deber de no verse influenciado por dichas actuaciones y de basar su convencimiento únicamente en el juicio oral”⁵⁹².

Lo anterior debe ser entendido no sólo desde un análisis objetivo de cada juez o jurado, sino de la confianza social que unos y otros pueden generar ante ciertas situaciones (imparcialidad externa). Por ello, aunque esta creencia mayoritaria resulte discutible, parece ser cierto que ciertas actuaciones pueden afectar el prestigio y la autoridad del juez y de los jurados frente a la opinión pública de distinta manera. Como consecuencia de ello, frente a los jurados podrán adoptarse mayores resguardos⁵⁹³.

La doctrina española parece haberse manifestado a favor de la tesis que plantea esta especial resistencia de los jueces profesionales a las campañas mediáticas y juicios paralelos⁵⁹⁴.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha señalado que una campaña mediática no afectará el derecho a un juez imparcial, mientras “los juicios del tribunal

⁵⁸⁹ El TEDH ha señalado que las acciones de la prensa pueden afectar a un jurado (CEDH No 53886/00, *Tourancheau et July v. Francia*, de 24 de Noviembre 2005). En el mismo sentido se pronuncia el principio 10 y la exposición de motivos de la Recomendación (2003) 13 del Consejo de Europa.

⁵⁹⁰ VERGER GRAU señala que muchas personas creen que los miembros del jurado se dejan influir en mayor medida por los medios de comunicación que por las pruebas presentadas en audiencias. Joan VERGER GRAU, “*Los Juicios Paralelos y la Presunción de Inocencia con Especial Referencia al Jurado*”, en *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (ed.), p. 200 y ss.

En contra, VIVES ANTON, VALLDECABRES ORTIZ y ALONSO, quienes llaman la atención sobre la libertad que implica no estar atado a una carrera funcionaria, que pueda depender de su comportamiento y fallo en un determinado caso (Juan Carlos ORENES RUIZ (2008) ob. cit, nota 28, p. 276; y María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 274 y ss.

⁵⁹¹ Carmen del RIEGO, “*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*” (Ponencia), Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 118 y 119.

⁵⁹² Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 79.

⁵⁹³ Para un análisis más completo de la institución del jurado ver: Agustín PEREZ RUIZ, “*La participación popular en la Administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*”, Tomo 1.987/2, págs. 1.149-1.158. Reflexiones sobre la instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado. Especial consideración de los arts. 24 a 35 de la L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado. R.G.D., 1.995, núms. 610-611, págs. 8085-8103.

⁵⁹⁴ STC 136/1999, FJ 8 y FJ 9, y STC 66/2001, FJ 2. NAVARRO señale que en el caso el “*Nani*”, publicaciones infundadas no pudieron influir en jueces profesionales. Vicente J. NAVARRO MARCHANTE, “*El Derecho a la Información Audiovisual de los Juicios*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2011), p. 102. La Recomendación 13(2003) del Consejo de Ministros del Consejo de Europa se pronuncia en el mismo sentido.

aparezcan como jurídicamente fundados de una manera sostenible” o se logre “mantener las formas objetivas que corresponden a un tribunal imparcial”⁵⁹⁵.

La doctrina en este punto es algo más variada. Por ejemplo, LATORRE LATORRE señala que lo que hace al juez profesional más idóneo es que por su experiencia ya está más familiarizado y por lo mismo más inmune “a los comentarios ignorantes, precipitados y tendenciosos”⁵⁹⁶. DEL RIEGO señala que no es verdad que el poder de los medios pueda amenazar la justicia democrática y perturbar la objetividad de jueces y tribunales⁵⁹⁷, señalando que los jueces resisten esas informaciones como resisten las presiones de los tribunales superiores⁵⁹⁸.

ORENES RUIZ señala que la influencia en los jueces profesionales no es relevante ni significativa⁵⁹⁹. JUANES PECES niega que esta posibilidad pueda existir⁶⁰⁰. Nosotros, creemos lo contrario, sin perjuicio de reconocer una especial resistencia de los jueces a la crítica, lo que justifica la intervención restrictiva como excepción y no como regla⁶⁰¹.

Como contrapartida a las limitaciones que recaen sobre los jueces en el ejercicio de su libertad de expresión, y que les impide reaccionar frente a las críticas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que ellos deben ser especialmente protegidos frente a ataques destructivos e injustos⁶⁰², sin quedar por ello exentos de críticas duras o molestas.

Hay también consenso en que la crítica a los jueces no puede alcanzar los mismos niveles que las que se dirigen a los políticos u otros funcionarios que ejercen cargos de responsabilidad dentro del aparato estatal, sobre todo por las restricciones que tienen para responder y comunicarse (deber de reserva, libertad de expresión limitada, principio de legalidad, etc)⁶⁰³, y por el rol institucional que ocupan dentro de la sociedad y la necesidad de confianza que reclama.

⁵⁹⁵ STS (Sala 2ª) de 23 de abril de 1992 y STC de 30 de marzo de 1995, respectivamente.

⁵⁹⁶ Virgilio LATORRE LATORRE, *“Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos”*, Civitas, Madrid (2002), p. 162-164.

⁵⁹⁷ Carmen del RIEGO, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos” (Ponencia)*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 120 y 121.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 117.

⁵⁹⁹ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), *ob. cit.*, nota 28, p. 275.

⁶⁰⁰ Ángel JUANES PECES (2012), *ob. cit.*, nota 24, p. 156-157.

⁶⁰¹ En el mismo sentido, PÉREZ MORATE, quien señala que los ataques directos realizados a un juez durante un juicio amenazan su neutralidad y lo acercan a cometer errores en sus decisiones. Jesús Ernesto PEREZ MORATE, *“El Juez ante la Crítica Pública”*, Revista del Poder Judicial, Número Especial XVII (1999), p. 288.

⁶⁰² CEDH No 48898/99, *Perna v. Italia*, de 25 de julio de 2001, párrafo 36; CEDH No 15974/90, *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 abril 1995; CEDH No 19983/92, *De Haes and Gijssels v. Bélgica*, de 24 de Febrero 1997; y CEDH No 11508/85, *Barford v. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989.

Sin embargo, en otros casos ha valorado más la difusión del interés público involucrado. Por ejemplo, CEDH No 1377/88, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*, de 25 de Junio de 1992.

⁶⁰³ STC 162/1999, FJ 9, hace referencia a una mayor tutela que la que merecen en general los políticos por su menor capacidad reacción a las críticas. Para LOPEZ ORTEGA el TEDH ha dado más protección a los jueces que a los políticos por su posición institucional y las limitaciones que deben seguir respecto a las críticas. Juan LÓPEZ ORTEGA, *“Información y Justicia: la Dimensión Constitucional del Principio de Publicidad Judicial y sus Limitaciones”*, Cuadernos de Derecho Judicial, No. 16, dedicado a Justicia y Medios de Comunicación (2006), p. 137-140.

Uno de los casos más relevantes en esta materia es el caso “*Prager y Oberschlick v. Austria*”⁶⁰⁴, donde se analizó un artículo publicado en la revista “Forum” titulado “¡Peligro! Jueces malvados”, y la capacidad de estas críticas para minar la autoridad o imparcialidad de un juez. En particular, la publicación hacía referencia a los nueve jueces del Tribunal regional penal de Viena, de los que decía que “tratan de entrada a todo acusado como si estuviera ya condenado”, y que el juez J. tenía un comportamiento “vejatorio” y “desdeñoso”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no se había probado violación al art. 10 Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), resaltando la importancia de proteger la imagen y autoridad del poder judicial⁶⁰⁵.

En concreto, en su párrafo 34 el Tribunal “recuerda que la prensa juega un papel eminente en un Estado de Derecho (...) y que le incumbe comunicar, dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre las cuestiones políticas y otros temas de interés general. Entre éstos figuran sin duda los que conciernen al funcionamiento de la justicia (...). La prensa representa, en efecto, uno de los medios de los que disponen los responsables políticos y la opinión pública para asegurar que los jueces cumplan sus altas responsabilidades conforme al fin que constituye la misión que les ha sido confiada. Sin embargo, conviene tener en cuenta la misión particular del poder judicial en la sociedad. Como garante de la justicia, valor fundamental en un Estado de Derecho, su acción necesita la confianza de los ciudadanos para prosperar. Asimismo, puede revelarse necesario protegerla contra los ataques destructivos desprovistos de fundamentación seria, sobre todo porque el deber de discreción impide a los magistrados afectados replicar”.

Otro caso representativo es el “caso Barford”, en que un ciudadano danés residente en Groenlandia publicó un artículo criticando la falta de imparcialidad de dos jueces no letrados que resolvieron un asunto tributario, siendo al mismo tiempo funcionarios remunerados del Estado, lo que el autor consideró una situación de “juez y parte”⁶⁰⁶. El autor de la nota fue condenado por difamación, y pese a que la antigua Comisión consideró ampliamente que ello vulneraba la libertad de expresión⁶⁰⁷, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló lo

⁶⁰⁴ CEDH No 15974/90, *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 abril 1995.

⁶⁰⁵ En el caso CEDH No 15974/90, *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 abril 1995, párrafo 34, se señala que: “como garante de la justicia, valor fundamental de un Estado de Derecho, su acción (de los tribunales) necesita de la confianza de los ciudadanos para prosperar. De este modo, resulta necesario protegerla contra los ataques destructores desprovistos de fundamento serio, teniendo en cuenta que el deber de reserva impide reaccionar a los magistrados ofendidos”. Merece la pena destacar el largo y completo voto disidente del juez holandés Martens, donde critica la ponderación realizada a los intereses en juego y la descontextualización de las afirmaciones analizadas, por lo que considera la medida adoptada como una grave vulneración y como una amenaza a la libertad de expresión. Cabe señalar en este último punto que el propio Tribunal de Eisenstadt había señalado que con esta sentencia buscaba dar una clara señal a los periodistas.

⁶⁰⁶ CEDH No 11508/85, *Barford v. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989, párrafo 30 y 31. El artículo señalaba que los dos Jueces no profesionales “habían cumplido con “su deber”, lo cual en este contexto sólo podía significar que habían votado más como funcionarios del Gobierno local que como Jueces independientes e imparciales”. Cabe señalar que el fallo fue dividido, con dos votos contra uno.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 31. Luego, en el proceso europeo, por 14 votos contra uno, la Comisión señaló que dicha apreciación “se refería a cuestiones de interés general sobre el buen funcionamiento

contrario que no había pruebas de que la medida impuesta atentara contra el artículo 10 y que por tanto podía encontrar su justificación en el art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁰⁸. Además, se señaló que “era absolutamente posible discutir la composición del Tribunal Superior sin atacar a la vez a los dos Jueces no profesionales personalmente”⁶⁰⁹.

Cabe destacar el voto disidente del juez GÖLCÜKLÜ, quien señala que los jueces, y en particular los jueces del caso tratado, que además eran funcionarios estatales, debía ser equiparable a la de políticos y demás funcionarios públicos relevantes, y por lo mismo debían tolerar una mayor crítica que el resto de las personas⁶¹⁰.

El Tribunal Constitucional ha manifestado un criterio que va en la misma línea, aceptando la crítica dentro de ciertos límites⁶¹¹, así como la defensa vehemente de los intereses de una parte, pero rechazando las ofensas y descalificaciones personales y el menosprecio a la autoridad del juez⁶¹².

2.- Análisis de algunas limitaciones, medidas e instituciones cuyo objeto es proteger la autoridad de los tribunales, la imparcialidad judicial y el derecho a un juicio justo.

La necesidad de proteger la autoridad de los tribunales, la imparcialidad judicial y el derecho a un juicio justo, en concurrencia con otros derechos protegidos como la honra y la presunción de inocencia, pueden motivar restricciones en el ejercicio de la libertad de información y expresión⁶¹³.

Ellas deberán ser establecidas mediante un juicio de ponderación, teniendo especial cuidado de que las medidas adoptadas sean mínimamente invasivas y obedezcan a razones poderosas y apremiantes. Por ello, cualquier medida deberá ser excepcional e idealmente temporal, permitiendo que la libertad de expresión vuelva a su máxima extensión a la brevedad.

Cualquier restricción en estas materias debe ser excepcional y sólidamente fundada⁶¹⁴. Por ello tanto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos como la

de la Administración, incluido el Poder Judicial (...) el criterio de la necesidad se ha de considerar muy estrictamente en tales cuestiones; y, aunque se podría interpretar el artículo como un ataque contra los dos Jueces no profesionales, era más importante permitir una abierta discusión sobre el funcionamiento de la Justicia que proteger a los mencionados Jueces contra críticas como las que se hacían en el artículo del demandante”.

⁶⁰⁸ CEDH No 11508/85, *Barford v. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989, párrafos 32 a 36.

⁶⁰⁹ CEDH No 11508/85, *Barford v. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989, párrafo 33.

⁶¹⁰ De esta manera, sigue el criterio planteado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Garrison v. Louisiana*, donde un fiscal acusó a los jueces del crimen de ser flojos, ineficientes y de obstaculizar el cumplimiento y los esfuerzos de la fiscalía en la lucha anti corrupción. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos señaló al respecto que los jueces, como funcionarios públicos, debían soportar una crítica amplia, en aquello que tenía relación con el ejercicio de su cargo. *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

⁶¹¹ STC 173/1995, FJ 3.

⁶¹² STC 38/1988, FJ 2 y 3; STC 205/1994, FJ 5; STC 157/1996, FJ 5; STC 226/2001, FJ 2; STC 79/2002, FJ 6; STC 113/2000, FJ 4; STC 117/2003; STC 65/2004, FJ 3; STC 232/2005, FJ 3 y 4; STC 155/2006, FJ 4; STC 338/2006, FJ 2 y 3; y STC 24/2007, FJ 2 y 3.

⁶¹³ Opinión disidente del juez Warren E. BURGUER, en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), caso conocido como "los papeles del Pentágono".

⁶¹⁴ *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el criterio a utilizar es el del “peligro claro e inminente”, y no el del simple riesgo ni menos una estructura rígida de causales, pues la publicidad alcanza un interés máximo en los asuntos judiciales, especialmente los de naturaleza penal.

Dado que el objetivo buscado es la imparcialidad del poder judicial, las medidas que se adopten podrían recaer también en partes ajenas al proceso, como pueden ser los medios de comunicación⁶¹⁵. No vemos problema alguno al respecto, dado que lo que debe privilegiarse es la efectividad en la protección de un interés público.

2.1.- Suspensión y anulación de juicios afectados por campañas mediáticas y juicios paralelos.

Una de las medidas más extremas que se han adoptado para proteger a la autoridad e imparcialidad judicial frente a campañas mediáticas ha sido la suspensión y anulación de los casos afectados por ella.

En Estados Unidos este criterio se encuentra presente desde *Irvin v. Dowd*⁶¹⁶. Y se ha aplicado especialmente cuando los hechos u opiniones son capaces de crear una atmósfera de hostilidad, buscan la simpatía de la opinión pública, revelan hechos (inculpatórios o exculpatórios) que no han sido sometidos a las garantías del proceso y que no serían admitidos como prueba en el juicio, que buscan presionar a testigos, peritos y jurados. En estos casos el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha aplicado el canon del “peligro grave e inminente” y ha anulado condenas⁶¹⁷.

Siguiendo este ejemplo, y sabiendo que nunca existirá un ambiente completamente aséptico, en el Derecho continental se ha planteado como una posible solución la suspensión de cualquier procedimiento cuando no están dadas las condiciones para que el juicio se desarrolle en forma justa y sin alteraciones o presiones mediáticas que puedan afectar, aún de modo inconsciente, significativamente a quienes participan en el proceso. Se podría pensar, además, que es más razonable suspender el procedimiento en cuanto se produzca el clima poco propicio, en vez de esperar la resolución final y anular todo lo obrado.

En este punto coincidimos nuevamente con ROXIN, que considera inviable esta posición, tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Las razones que da para ello dicen relación con la ausencia de certeza, incluso de antecedentes y/o estudios fiables, que permitan vincular causalmente un fallo incorrecto con la presión mediática, más allá de nuestras legítimas suposiciones e intuiciones. En efecto, si no sabemos qué actos afectan al proceso, ni como los afectan, mal podríamos regularlos correctamente (ya que debemos dejar subsistiendo aquellos comentarios y críticas legítimas y compatibles con el modelo institucional, que dialécticamente tampoco sabremos cuales son).

⁶¹⁵ *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); y CEDH No 13585/88, *The Observer and Guardian v. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991.

⁶¹⁶ *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961). También *Rideau v. Louisiana* 373 US 723 (1963), y *Cox v. Louisiana*, 379 US 559 (1965).

⁶¹⁷ Ver, particularmente la sentencia de *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532, (1965).

Además, el jurista alemán llama la atención sobre lo que sucedería en aquellos casos en que los medios de comunicación luchan por una absolución, ya que en ellos la suspensión del procedimiento significaría el éxito absoluto de la campaña llevada a cabo por los medios. Si esta posibilidad se admitiera, se daría a los medios un poder jurisdiccional gigantesco y de uso discrecional, con lo que se “habría logrado (precisamente) aquello que debe ser evitado”⁶¹⁸.

La situación descrita anteriormente nos parece particularmente grave. Entregar a los medios la capacidad de ordenar la suspensión de un procedimiento montando una campaña mediática, equivale a tener la facultad de decidir cuándo el Estado puede aplicar sus leyes e imponga penas (e incluso impedir que esto suceda). Ello va contra el orden constitucional, el debido proceso, la imparcialidad judicial y la separación y autonomía de los poderes públicos, y significaría un retroceso de siglos en materia de protección de los derechos y desarrollo institucional.

Concordando con el análisis que hace GIMENO SENDRA, estamos en frente de una situación que incluso podría volverse más complicada: el juez ofendido injustamente podría recurrir judicialmente contra dichos ataques, lo que lo obligaría a dejar el asunto porque la ley considera expresamente como causal de recusación el “ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes”. De esta manera, mediante el sistema de hacer acusaciones injuriosas, una parte podría asegurarse el cambio de juez, lo que naturalmente constituye una situación a corregir.

En Inglaterra, mediante la figura del desacato o “contempt of court”, se ha limitado fuertemente la acción de los medios en estas materias⁶¹⁹, anticipándose a los problemas que podría generar una anulación posterior.

2.2.- Censura y limitación a la publicación de determinadas informaciones.

La censura podría ser un mecanismo muy eficaz para proteger a la prensa de ataques que puedan afectar la imparcialidad, el debido proceso y los derechos de las partes, aunque por su severidad se le considera una medida poco recomendable. Además, se opone a uno de los elementos centrales establecidos a favor de la realización de un juicio justo (el debido proceso)⁶²⁰, razón por la cual puede decirse que sobre este tipo de medidas existirá siempre una “presunción de inconstitucionalidad”.

En el caso *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, refiriéndose a medidas que buscaban proteger a un jurado de la negativa influencia de las declaraciones que pudieran efectuarse en un caso altamente mediatizado, señala que “la medida tomada en este caso, prohibiendo cubrir o comentar los procesos judiciales que son públicos, el obstáculo no ha sido vencido; al punto que la medida restringiendo la publicación de ese material es claramente inválida. Debido al hecho de que las publicaciones prohibidas se basaron en informaciones obtenidas de otras fuentes

⁶¹⁸ Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 84.

⁶¹⁹ La reticencia a tomar medidas en protección del proceso ha sido criticado por C. J. MILLER, “*Contempt of Court*”, Oxford University Press, Nueva York (1990), p. 189-192.

⁶²⁰ Las medidas acá tratadas son restricciones a la publicidad procesal. Sin embargo, por buscar la protección de la autoridad del juez, son desarrollados en este espacio y no en la sección relativa a este derecho.

(distintas a los partícipes del proceso) concluimos que la gran carga impuesta como condición de imponer una censura previa no fue cumplida y por lo tanto, el fallo de la Corte Suprema de Nebraska debe ser revocado”⁶²¹.

ROXIN asegura que restringir las fuentes de información de donde los medios de comunicación captan el material anterior al enjuiciamiento⁶²² ha tenido excelentes resultados en Estados Unidos, y que basta con que se hagan públicos los distintos avances formales realizados durante la instrucción, como pueden ser la detención, arresto, registro domiciliario, interposición de la denuncia o la querrela etc. No existiría ningún interés público informativo prevalente sobre los detalles en los avances de la instrucción o sobre los nuevos logros de las autoridades persecutorias.

Otra solución, menos buena a juicio de ROXIN, sería establecer una prohibición de publicar el contenido de lo obrado en juicio antes de que ellos sean hechos públicos conocidos, evitando así el desarrollo de condenas anticipadas y juicios paralelos. Un principio fundamental del proceso penal moderno es que sólo se puede considerar en un juicio los antecedentes aportados legítimamente al mismo y tratados en forma pública en el mismo. En este sentido, “los principios de oralidad e inmediación, cuya finalidad última es igualmente el aseguramiento de un proceso correcto, se ven conculcados, poniendo la seguridad del proceso en peligro, cuando las actas, que de acuerdo con la Ley Procesal Penal sólo pueden ser utilizadas de manera restringida por orden del tribunal y en el juicio oral, son manipuladas por los medios de comunicación de manera que pudiera influir en las decisiones del tribunal”⁶²³.

También se ha sugerido también establecer prohibiciones específicas a determinadas personas durante la realización del juicio (peritos, jurados, testigos) y frente a la reproducción de medios de prueba ilícitos⁶²⁴.

2.3.- Prohibiciones de ingreso a determinadas personas a las salas de audiencia y restricción a determinados tipos de registro (especialmente filmaciones).

La presencia de medios al interior de la sala de audiencia, y especialmente de medios audiovisuales, han despertado una fuerte polémica respecto de su capacidad para afectar el desarrollo del mismo y los derechos en juego. Dada la importancia de este punto, lo desarrollaremos en extenso al referirnos a la publicidad como bien jurídico.

⁶²¹ *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976). Especialmente la parte resolutive del fallo.

⁶²² Sin embargo, ROXIN cree que: “no resulta necesario sancionar directamente con una pena la reproducción por los medios de comunicación de los detalles durante la instrucción gracias a la información obtenida por las autoridades persecutorias, aunque preceptos como el párrafo 203 II del Código Penal alemán (publicación de un funcionario de secretos ajenos) o el párrafo 353 b también del Código Penal alemán (lesión de secretos oficiales poniendo en peligro intereses públicos), no descartarían una interpretación en el sentido de su punibilidad, de acuerdo al derecho vigente. En el ámbito del Derecho alemán resultaría suficiente que los principios arriba enunciados, según los cuales se evidencia lo indeseable de una política informativa prejudicial, se consideraran de forma vinculante y restrictiva, sancionándose su incumplimiento de manera disciplinaria”. Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 73.

⁶²³ Artículo 353 N °3 del Código Penal Alemán. Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 76.

⁶²⁴ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 282.

2.4.- Amparo institucional.

El amparo institucional es un procedimiento que busca proteger la independencia e imparcialidad judicial frente a ataques realizados por terceros⁶²⁵.

El amparo debe ser solicitado por la parte afectada, permitiendo que no sea sólo el propio juez afectado quien se encargue de proteger su imparcialidad⁶²⁶.

Se ha criticado su efectividad restringida, que alcanzaría básicamente a “simples declaraciones de solidaridad” con poco efecto práctico⁶²⁷. Además, tiene el efecto negativo de cambiar el foco de atención desde las agresiones mediáticas y los juicios paralelos a la incapacidad del juez de resistir las presiones.

3.- Medidas específicas que suponen una restricción del principio de publicidad procesal.

3.1.- La posibilidad de restringir, regular o condicionar la publicidad judicial.

Evidentemente, la publicidad ofrecida dentro del marco de un proceso judicial tiene diferentes gradaciones e intensidades, las que dependerán de las circunstancias en que es ejercido, los tipos de proceso y las personas a que se refiera.

Como hemos señalado, esta garantía tendrá su mayor expresión en el ámbito del proceso penal, pues de él puede seguirse la imposición de la más severa de las medidas de restricción de derechos que contempla el ordenamiento jurídico: la actividad punitiva del Estado. Pero en otros tipos de juicio, la exigencia de publicidad podrá ser modulada, disminuida o restringida en atención de otros bienes jurídicos relevantes, siguiendo la lógica del balanceo aplicable a todos los derechos y bienes constitucionales. Es decir, en ocasiones serán las propias exigencias del proceso las que limiten la posición reforzada de la publicidad en materias informativas⁶²⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha referido expresamente a esta posibilidad⁶²⁹, y en el mismo sentido lo ha hecho el Tribunal Supremo de los

⁶²⁵ Art. 14 LOPJ. Cabe recordar que la imparcialidad judicial se refiere no solo a su afectación real de la imparcialidad, sino a la confianza pública sobre los tribunales, de modo de evitar que existan en la comunidad (ciudadano medio, etc.) fundadas sospechas de que la imparcialidad del juez y su lealtad a la ley están bajo peligro.

⁶²⁶ Sobre ejemplos de amparo solicitadas por jueces al CGPJ, ver Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 281.

⁶²⁷ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 280.

⁶²⁸ Lord Daniel BRENNAN, “*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*” (Ponencia), Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 192-193. Los arts. 6 y 10 CEDH son derechos diferentes y se encuentran en niveles diferentes, y su ubicación ya nos indica el predominio del primero, por lo que se encuentra sistemáticamente en un nivel más elevado de protección. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado lo contrario.

⁶²⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el artículo 6 autoriza a excluir de un juicio a la prensa y el público ya sea “en interés del orden público o de o de la seguridad nacional en una sociedad democrática” o porque “la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan” o bien “en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. Señala también que exigir que los procedimientos

Estados Unidos⁶³⁰ y el Tribunal Constitucional español, recordando que el art. 120.1 de la Constitución Española ha señalado para la publicidad “las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”, que deberán ser establecidas haciendo uso de los criterios establecidos por un juicio de ponderación⁶³¹.

Así ocurrirá, por ejemplo, en aquellas situaciones que incluyen a menores⁶³² o cuando sea necesario evitar los efectos nocivos de la publicidad, como ocurre respecto de los nombres y circunstancias de las víctimas de delitos sexuales, u otros casos donde el interés privado es mayor que el interés público, como en general ocurre con los casos de familia⁶³³.

Dado que la regulación sobre estas materias es, tanto a nivel interno como comparado, insuficiente y polémica, la imposición de estas medidas quedará entregada a la prudencia de los tribunales, al menos mientras persista esta situación de ausencia de normativas que regulen estas situaciones de modo suficiente.

Las medidas restrictivas a la publicidad podrán ser de carácter total o parcial⁶³⁴. Y según lo requieran las particulares características de cada caso, podrán referirse al

disciplinarios se lleven a cabo con público impondría una carga desproporcionada a las autoridades. CEDH No 7819/77 y 7878/77, *Campbell and Fell v. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984.

⁶³⁰ Con el caso *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966), vinculado a la anulación de un juicio realizado en presencia de una fuerte campaña de prensa (que precedió no sólo al juicio sino a la elección en que participaban el juez y del fiscal) mostró la posibilidad de restringir, por motivos justificados, la publicidad sobre determinados asuntos, así como el riesgo que la prensa podía implicar para el adecuado funcionamiento de la justicia.

⁶³¹ STC 57/2004, FJ 5: Por consecuencia, el legislador, “en la función que le corresponde de regular el ejercicio de los derechos fundamentales conforme a una adecuada ponderación entre ellos y otros bienes constitucionalmente protegidos relativos a intereses de la colectividad (art. 53.1 CE y, por lo que en concreto se refiere a la libertad de información, art. 20.4 CE), ha previsto los supuestos en que la publicidad de las actuaciones judiciales pueda ser limitada o excepcionada por los Jueces y Tribunales (STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2) cuando deba considerarse, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación, que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia y, en consecuencia, debe retroceder la libertad de información (...)”.

Todo ello, sin perjuicio de la facultad que cabe a los jueces en función de su llamada “policía de estrados”, establecida con carácter general en el art. 232.2 LOPJ, y que permite a los Jueces y Tribunales limitar la publicidad de las audiencias, por razones de orden público y de protección de los derechos de los intervinientes, para lo cual deberá emitir una resolución fundada. El ejercicio de esta facultad deberá ser excepcional, pues corresponde a una medida extrema y no a la sola comodidad o satisfacción de preferencias de los participantes en la audiencia o del tribunal. Importante en este sentido es la STC 57/2004, FJ 5, la que además señala que se encuentran preceptos equivalentes en las leyes reguladoras de los procesos. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 54.

⁶³² STC 36/1991, FJ 6.

⁶³³ Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En materia civil, ver el art. 138 LECivil.

⁶³⁴ STC 56/2004, FJ 3. Fácilmente pueden interpretarse estos preceptos en el sentido, conforme con el art. 232.2 LOPJ (que se refiere a la posibilidad de “limitar el ámbito de la publicidad”), de que permiten al órgano judicial adoptar también una medida intermedia entre la audiencia pública y la celebración de la sesión a puerta cerrada si, como consecuencia del juicio de proporcionalidad o ponderación que realice, se llega al resultado de que, por las circunstancias del caso, basta para la protección de los bienes o derechos en peligro con la exclusión de la entrada de determinados medios técnicos de captación o difusión de información, como podrían

orden temporal, personal, espacial o técnico⁶³⁵. De esta forma, muchas de estas restricciones no afectarán necesariamente al conocimiento de lo obrado, pero pueden implicar restricciones a algunos medios o personas específicas (limitaciones de espacio, de orden, etc.).

Incluso podrán existir casos judiciales donde el interés público sea parcial o incluso reducido, por lo que podrá limitarse su carácter noticioso sin afectar la publicidad procesal. Podría matizarse lo del interés público mediatizado por los medios, sin afectar al principio de publicidad⁶³⁶.

Asimismo, puede haber restricciones temporales al conocimiento de determinados hechos, como claramente puede observarse durante la etapa de sumario.

3.2.- El principio de publicidad en las distintas etapas del proceso.

3.2.1.- Publicidad previa a la existencia de un juicio.

La realización de actividades informativas puede afectar a los intereses de la justicia y de las partes potencialmente intervinientes incluso antes de que se inicie el juicio.

Esta situación podrá observarse típicamente frente a hechos que presentan la apariencia de delito, pero donde aún el proceso jurisdiccional no ha comenzado, y obedece a los diferentes tiempos y objetivos que rigen los actos de la jurisdicción y de los medios de comunicación, y a la naturaleza técnicamente prejudicial de la investigación fiscal⁶³⁷.

Dado que esta situación podría ser de habitual ocurrencia, debe velarse porque la información presentada, especialmente relativas a posibles pruebas y otros antecedentes de las personas involucradas, no afecte la imparcialidad del Poder Judicial ni genere una opinión definitiva en la opinión pública, que pudiera presionar en cualquier sentido a la decisión sobre el asunto. De hecho, esta situación podría llevar a la restricción que algunas comunicaciones relativas a un caso judicial potencial pero aún inexistente, siempre que no haya otras menos dañosas que permitan garantizar la debida tutela de los bienes e intereses protegidos⁶³⁸.

Por otro lado, la investigación que de los hechos hace el Ministerio Público en forma previa al juicio oral, si bien formalmente constituye una actividad “previa” al juicio, evidentemente forma parte del proceso institucionalmente organizado para la persecución criminal. Durante este periodo, las informaciones difundidas

ser las cámaras fotográficas, de vídeo o televisión. En el mismo sentido se pronuncia la STC 57/2004, FJ 5.

⁶³⁵ Art. 232.2 LOPJ (ver además STC 65/1992, FJ 2).

⁶³⁶ Así parecen insinuarlo algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Carolina de Hannover, fallado primero por el TC alemán y luego confirmado por la CEDH). En el mismo sentido, STC 139/2001, FJ 2, y STC 127/2010, FJ 2.

⁶³⁷ Si bien el propio concepto de “juicio paralelo” se vincula con la existencia de otro proceso realizado en sede no jurisdiccional y sin la presencia de las garantías propias de un proceso debido, puede haber situaciones donde las informaciones relativas a un caso no tengan necesariamente ese elemento.

⁶³⁸ *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966).

por los medios, además de vulnerar los derechos de las partes, pueden también afectar el éxito de la investigación. Por tanto, en algunos casos, y luego de una adecuada ponderación, esta situación podría justificar restricciones a los derechos comunicativos.

Por ello, más allá de sus múltiples cuestionamientos, el secreto de sumario ha sido considerado como una medida en este sentido, que podría ser complementada con otras instituciones y experiencias extraídas del derecho internacional (*contempt of court*, etc.).

De hecho, el preámbulo del Anteproyecto de la nueva ley de enjuiciamiento criminal impulsó el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero, reconocía expresamente la proliferación “no ya de juicios paralelos...sino más bien de juicios anticipados que se ponen en marcha desde la primera sospecha judicial”...que ponen en entredicho la efectividad del derecho a la presunción de inocencia, pues ante la notoriedad pública del proceso en cuestión tal derecho fundamental “llega ya muy mermado al acto del plenario”. Por este motivo, “el ante proyecto pretendía producir cautelas y normativas que aseguraran que la información transmitida quedara contraída a lo necesario desde el punto de vista del interés informativo, porque el respeto a la protección de inocencia vincula a todos, y por tanto, también a los profesionales de la comunicación”.⁶³⁹

Si bien la publicidad, como principio procesal, sólo puede existir una vez iniciado un juicio, toda información previa a un juicio sólo estará vinculada con la libertad de información, y desde allí, como cualquier otro derecho, podrá ser balanceado y limitado, de modo tal que logre armonizarse con los demás bienes protegidos, entre los que está el de ser juzgado en un juicio con plenas garantías.

Por tanto, aunque el juicio formal no exista aún, podrán existir casos de limitación a la información sobre determinados asuntos, atendida la posible existencia próxima de un juicio, o el resguardo de los derechos característicos de la relación entre justicia e información (protección de la investigación, del debido proceso, de la presunción de inocencia, de la imparcialidad y autoridad de los tribunales, de los derechos de la personalidad, entre otros, etc.). Como siempre, las medidas restrictivas deberán seguir los criterios establecidos por el juicio de ponderación (legalidad, proporcionalidad, racionalidad) y justificarse en atención a los riesgos existentes⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Gabriela BRAVO, (2012), op.cit. nota 2, p. 58. Ver también Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 (por todas las citas del párrafo).

⁶⁴⁰ *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

3.2.2.- Publicidad restricciones durante la etapa de investigación (sumario).

En materia penal, desde una perspectiva formalista podría sostenerse que el principio de publicidad sólo es aplicable al juicio oral, del que es un requisito esencial del mismo⁶⁴¹.

Ello excluiría la vigencia de este principio en las etapas de investigación, instrucción o sumario, donde de hecho se permite declarar total o parcialmente su carácter secreto.

Esta explicación nos parece demasiado formalista, pues resulta evidente que esta etapa la etapa forma parte del proceso judicial y es necesario para su correcto desarrollo, de la misma manera que la recolección de la información, y no solo su difusión, forma parte del contenido protegido por la libertad de información.

Se ha sostenido que el secreto establecido sobre la etapa de investigación de los hechos (conocido como secreto de sumario) busca proteger el éxito de la investigación (es decir el *ius punendi* del Estado)⁶⁴², aunque también permite proteger otros derechos de las personas involucradas en ella, como por ejemplo la presunción de inocencia, o incluso el propio derecho a un juicio justo⁶⁴³. Por ello, en general ha sido considerada como una restricción a la libertad de información justificada⁶⁴⁴.

En la forma en que ha sido conocido en España, ha mostrado una baja efectividad⁶⁴⁵, que bien puede vincularse a su deficiente consagración legal, que ORENES RUIZ califica de “parca e inadecuada”⁶⁴⁶. De hecho, el secreto sólo afecta a la información extraída del expediente, pero no a lo sabido al margen del proceso, lo que en la práctica faculta su divulgación por parte de testigos, partes, abogados, y otros conocedores de los hechos investigados y de las pruebas rendidas ante el juez instructor⁶⁴⁷. Es decir, el secreto de sumario es sólo una restricción de uso de determinadas fuentes por un período limitado de tiempo,

⁶⁴¹ El ATC 195/1991, FJ 6 señala que: “(...) una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata, en tanto que garantía procesal tendiente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus tribunales”. Ver art 301 LEC. (649.2 y 680.1, que incluso establece como sanción la nulidad en caso de no haber publicidad en los debates) y la STC 96/1987, que anuló un juicio celebrado en un lugar sin acceso a público (en la prisión, pues afectó a funcionarios de prisiones por malos tratos) pero con la presencia de algunos periodistas, no se consideró público.

⁶⁴² Ver exposición de motivos, LECrim (STC 18/1999, FJ 4). GIMENO SENDRA señala que el “*ius puniendi*” del Estado es un bien constitucionalmente protegido y por lo mismo es capaz de enfrentar y derrotar a otros bienes y derechos (en este caso la publicidad procesal y la libertad de información) en un ejercicio de ponderación. GIMENO SENDRA, ob. cit, nota 82, p. 1.

⁶⁴³ Pilar OTERO GONZÁLEZ, (1999), ob.cit nota 174, p. 116.

⁶⁴⁴ STC 176/1998, FJ 2; y CEDH No 7984/77, *Preto and others v. Italia*, de 8 de diciembre de 1983.

⁶⁴⁵ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008) ob. cit, nota 28, p. 213.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 228.

⁶⁴⁷ E. CORTÉS BECHIARELLI, “*Juicios Paralelos y Derechos Fundamentales del Justiciable*”, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Vol. XXI (2003), p. 131 y 132.

por lo que para algunos autores no sería una limitación a la libertad de información en sentido estricto⁶⁴⁸.

Como consecuencia de ello, los periodistas deberán buscar la información en quienes participan del proceso, generando una serie de incentivos negativos que pueden dar lugar a prácticas muy cuestionables (manipulación de la prensa en beneficio de determinados intereses, juicios paralelos, incentivos económicos, negocios informativos relacionados, afectación de derechos y bienes jurídicos protegidos, etc.).

Cabe también recordar que en los casos en que la información provenga del sumario, las sanciones sólo establecidas contra quienes, estando obligados a guardar reserva, las difunden. Pero no afectan realmente ni a los comunicadores ni a los medios⁶⁴⁹, quienes, además, pueden proteger a sus fuentes bajo el secreto profesional propio de ejercicio informativo (derecho de reserva de las fuentes)⁶⁵⁰.

Los únicos que tienen acceso al sumario son las partes y sus abogados, y los jueces y demás miembros del Tribunal. Por ello, no es extraño que la principal fuente de vulneración del mismo provenga de ellos, en atención de diversos y variados intereses y oportunidades que cada posible informante pueda ver comprometido (comerciales, de imagen, estratégicos, comunicacionales, etc.).

Sobre este punto, cabe hacer dos importantes comentarios.

El primero es la gran cantidad de personas que en la práctica tiene acceso al sumario, dificultando su control (cada parte puede involucrar a un equipo de

⁶⁴⁸ La STC 13/1985, FJ 3, señala que establece “la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información, sino más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera incluidas las partes (...)”. A su turno, la STC 176/1988, FJ 3, señala que en realidad no hay una restricción, sino solo una posposición del conocimiento del mismo.

⁶⁴⁹ STC 216/2006, FJ 5: “Este Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el problema de nuevo planteado por el recurrente respecto del sentido y alcance del secreto sumarial en relación con la libertad de información (...) la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información (derecho, sin embargo, afectado aquí exclusivamente), sino, más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera -incluidas las mismas partes en algún caso: artículo 302 LECrim- de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal”.

Tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de ‘revelaciones indebidas’ (art. 301.2 LECrim) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 CE) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima ‘materia reservada’ sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre ‘las actuaciones’ del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 LECrim) (...)”.

En el mismo sentido (no hay consecuencias jurídicas de divulgar noticias sumariales a quienes no intervienen en el proceso) ver, GIMENO SENDRA, ob.cit, nota 82, p 11 (haciendo referencia al artículo 466 CP).

⁶⁵⁰ Su vulneración por parte de los medios de comunicación implica una “multa de cuantía irrisoria (...) lo que la hace inaplicable en la práctica por insuficiente “dicha multa es similar a la que recibe el abogado que vulnera el secreto). La falta de sanciones vuelve inaplicable el mismo (artículos 301 y 302 de le LECrim)”. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit., nota 645, p. 228-229.

abogados y asistentes, y los funcionarios del tribunal pueden ser numerosos). Por ejemplo, PERAL señala que en el caso del juez del caso Urdangarín, a quien el Consejo General del Poder Judicial le abrió una causa disciplinaria para saber de dónde procedían las filtraciones que estaban siendo publicadas por los medios de comunicación, se llegó a contabilizar “más de 100 personas que conocían lo que allí se estaba produciendo”⁶⁵¹.

El segundo, en parte ya mencionado, tiene que ver con los intereses que pueden fomentar la difusión de determinados hechos, y que afecta de muy diversas maneras a cada una de las partes, a sus abogados y a los propios jueces. Al respecto, MARTÍNEZ FRESNEDA hace referencia a un libro publicado en Francia por el sociólogo Jean Marie CHARON y el periodista Claude FURET llamado “*Un secret si bien violé*” (2000). En dicho trabajo, señalan que “por un lado, la policía está siempre encantada de facilitar el nombre del culpable cuando culmina una investigación difícil. Los abogados difunden las piezas del dossier judicial que benefician a su cliente. Los fiscales, aunque sea utilizando al ministerio de justicia, transmiten las informaciones que les convienen. Los gabinetes ministeriales tampoco dudan en transmitir informaciones a la prensa ya sea en forma de desmentido o de comunicación de hechos que consideran relevantes (...). Todos ellos filtran información del proceso en cumplimiento de un pacto tácito con los periodistas: yo te doy información y tú no me crucificas”⁶⁵².

Sobre esta situación abundan los testimonios. YOLDI, por ejemplo, precisa que “en general, filtran siempre los de arriba: presidentes, magistrados, fiscales jefes, en fin, los que tienen la responsabilidad de dirección. Nunca funcionarios, personal auxiliar, secretarías”, para luego agregar que el criterio más útil para conocer a los autores de las filtraciones es determinar quién se beneficia de las mismas⁶⁵³.

Señala como ejemplo que si bien las deliberaciones de los plenos del Consejo General del Poder Judicial son secretas, “siempre hay al menos media docena de vocales en disposición de contar, con pelos y señales la versión que más les beneficie”⁶⁵⁴.

Podemos concluir que mientras haya interés en conocer y divulgar dichos asuntos, múltiples personas con acceso al sumario, y una baja posibilidad de ser sancionado, pretender controlar el flujo de información de las piezas del expediente hacia la prensa es una vana ilusión.

⁶⁵¹ María PERAL, (2012) op. cit. nota 5, p. 153.

⁶⁵² Asimismo, el autor afirma que según los autores franceses citados “esta situación no es posible más que porque la autoridad política y la autoridad judicial cierran los ojos sobre un práctica que viene impulsada por un tándem actualmente tan famoso como temido, el juez de instrucción y el periodista”. Los abusos sobre un secreto sin control. Gonzalo MARTÍNEZ FRESNEDA, “*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos (Ponencia)*”, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 137-138. Ver además CEDH No 1914/02, *Dupuy et autres v. Francia*, de 7 de Junio de 2007, sobre publicación de noticias que eran secreto de sumario.

⁶⁵³ José YOLDI, “*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos (Ponencia)*”, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 162.

⁶⁵⁴ *Ibidem.*, p. 161.

Confiar en la efectividad del secreto sumarial tal como hoy esta consagrado equivale a no dar protección a la reserva de determinada información⁶⁵⁵.

Por ello, parece necesario modificar la actual normativa, de modo que permita lograr los objetivos que persigue mediante la intervención más eficiente y mínimamente restrictiva que sea posible⁶⁵⁶, buscando formas más modernas y compatibles de compatibilizar sus objetivos con la publicidad adecuada a dicha etapa del proceso.

Creemos que la adopción de estos cambios es relevante y por lo mismo, no puede tenerse frente a ellos una posición pasiva, neutral o dilatoria.

Coincidimos con lo señalado por MARTÍNEZ FRESNEDA señala que el estado actual del secreto de sumario y su constante vulneración está provocando daños no sólo a las investigaciones necesarias para realizar el objetivo de la justicia y reafirmar la vigencia del Estado de derecho, sino que amenaza con dañar a la imagen de la persona imputada “y el linchamiento moral que conlleva y las manipulaciones, distorsiones y falsedades que puedan entregarse por proceder de una fuente clandestina”⁶⁵⁷. Por tanto, la corrección de esta situación nos parece necesaria y urgente.

Si bien existe consenso respecto a la necesidad de perfeccionar la actual institución del secreto de sumario, no lo hay respecto a los medios para hacerlo.

Es posible y aconsejable que los posibles cambios no sólo se dirijan a buscar medias para aumentar su eficacia como institución, sino que consideren otro tipo de medias y refuerzos estructurales e incluso la creación u adopción de otras instituciones que permitan alcanzar de modos complementarios los mismos objetivos buscados.

Lo anterior se fundamenta en buena medida en el creciente cuestionamiento a la institución misma del secreto sumarial⁶⁵⁸, en parte debido a la adopción a nivel global de mayores estándares de transparencia y publicidad, así como de la especial protección de la libertad de información y de expresión⁶⁵⁹. Dado que es

⁶⁵⁵ Es relevante tener en cuenta la diferencia entre una etapa con este secreto legal y la prohibición de informar, que por regla general deberá ser decretada especialmente, porque una vez que alguien traiciona el secreto de sumario – cosa bastante habitual – la noticia puede ser publicada indiscriminadamente, y el “informante” será protegido por las normas del secreto profesional”. En la práctica, ello significa que “hay un levantamiento casi general del secreto”, aun siendo contra ley.

⁶⁵⁶ “Existe un acuerdo generalizado sobre la necesidad de modificar la actual normativa y regulación del secreto sumarial. Sabemos que tal y como está, es absolutamente ineficaz porque nunca se descubre al filtrador, y por supuesto no podemos perseguir al periodista”. Javier ZARAGOZA AGUADO, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos (Ponencia)”*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 133.

⁶⁵⁷ Gonzalo MARTÍNEZ FRESNEDA, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos (Ponencia)”*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 141.

⁶⁵⁸ Tomás Salvador VIVES ANTON, *“La Reforma del Proceso Penal”*, Tirant lo Blanch (1992).

⁶⁵⁹ A modo de ejemplo, el Informe del Relator de la OEA sobre Libertad de Expresión (2012), publicado el 5 de marzo de 2013, punto 13, señala que “la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en decisión de constitucionalidad del 30 de noviembre de 2010 (Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 30 de noviembre de 2010, Expedientes 1373-2009, 1412-2009, 1413-2009), apoyada en los estándares del caso *Claude Reyes Vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe anual de la CIDH de 2009 y en la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión entre otros, consideró que las limitaciones al acceso a la información pública contenidas en la Ley de Acceso a la Información, se ajustaban a la Constitución. Así por

poco probable que estos criterios retrocedan en el corto plazo, es natural que la existencia del sumario secreto no sea vista con buenos ojos ni forme parte de las agendas prioritarias de cambios políticos⁶⁶⁰.

Por otro lado, la protección de la investigación como fundamentación tradicional del secreto del sumario, no parece adecuada ni suficiente para limitar la publicidad procesal ni el derecho a la información en todos los casos y medidas en que podría ser necesario hacerlo⁶⁶¹.

Por todo ello, ORENES RUIZ se refiere al secreto de sumario “como una previsión legal en crisis, de escasa virtualidad y de un porvenir incierto”⁶⁶².

Como propuesta alternativa, de lege ferenda, parece más adecuado seguir la regla general que permite limitar todo derecho por medio del balanceo del mismo con otros bienes protegidos, entre los que podrían estar el interés de la justicia, la represión del delito (como garantía de la libertad), la imparcialidad del juzgador, la protección del honor, intimidad y propia imagen, seguridad y tranquilidad de los que intervienen en el proceso⁶⁶³.

Aunque bien podría sostenerse que la comprensión del secreto como un instrumento para la obtención de un objetivo específico, no impediría realizar este tipo de ejercicios, por tratarse de una característica de la esencia de la lógica de los derechos en el constitucionalismo contemporáneo.

Más importante que lo anterior es tomar conciencia que muchos de los contenidos legítimos que el secreto sumarial busca lograr, podrían ser objeto de otras medidas más eficaces, o al menos, de una mejor regulación del mismo.

En el Derecho comparado existen diferentes experiencias que pueden ser ilustrativas en diversos sentidos, y cuyas experiencias, tanto positivas como negativas, pueden contribuir al diseño de un plan de reformas adecuado.

Particularmente, la figura del *contempt of court*, desarrollada con anterioridad, ofrece interesantes posibilidades de imitación parcial, dada la flexibilidad que permite. Además, este se ha convertido en un estándar de responsabilidad objetiva, que permite proteger la autoridad del poder judicial sancionando, entre otras, conductas que anticipen el resultado del juicio, proceso, la publicación de datos que serían inadmisibles como prueba o que han sido obtenidos sin garantías,

ejemplo, en relación con la reserva “de los expedientes judiciales en tanto no hayan causado ejecutoria”, consideró que la misma no aplicaba “cuando se trate de procesos o procedimientos que entrañen evidente interés público.

⁶⁶⁰ En un sentido contrario se pronuncia Alberto RUÍZ GALLARDÓN, Ministro de Justicia, *Ponencia de Inauguración del encuentro*, en *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos”*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 29. Respecto de las críticas a la excesiva duración del secreto de sumario, señala que “en estos momentos hay ya una comisión de expertos, nombrada por acuerdo de consejo de ministros del 2 Marzo 2012, que está trabajando, a partir de los criterios trazados por el Gobierno, en la elaboración del primer borrador de la Ley de Enjuiciamiento criminal”.

⁶⁶¹ VALLDECABRES ORTIZ señala que: “la publicación de información obtenida lícitamente y de carácter relevante constituye un ámbito legítimo de ejercicio de la libertad de información frente a la cual sólo unas pocas pretensiones pueden oponerse con éxito. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 385.

En contra de la posibilidad de restringir la información, ver el voto concurrente de los jueces BRENNAN, STEWART Y MARSHALL, en *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

⁶⁶² Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 214.

⁶⁶³ *Ibid.*, p 231- 235.

informaciones sobre los implicados que pudieran afectar su inocencia (formas de vida, vicios, antecedentes penales, etc)⁶⁶⁴.

Francia, un país cuya tradición jurídica es más cercana a la española que la inglesa, cuenta con una estricta y exhaustiva regulación para proteger la administración de justicia, la presunción de inocencia y los demás derechos de la víctimas frente a las injerencias de los medios de comunicación, sobre todo durante la instrucción⁶⁶⁵. Toda persona que intervenga en este proceso está obligada a mantener el proceso profesional en las condiciones y bajo las penas de los artículos 226-13 y 226-14 del Código Penal. La Ley 200/515 considera delito filtrar información procesal que pudiera perjudicar intereses de las partes. Pero a diferencia del modelo español, donde sólo se persigue al filtrador, la norma francesa responsabiliza a los medios por difundirla. El artículo 434-16 del Código Penal Francés sanciona con prisión de 6 meses y multa de 7500 euros la publicación de comentarios tendientes a ejercer presión para influir en declaraciones de testigos o la decisión judicial en la instrucción y el juicio. También es delictivo intentar desacreditar mediante actos, escritos o expresiones, un acto o decisión judicial de manera que pueda atentar a la autoridad de la justicia o su independencia. El artículo 434-25 prevé 6 meses de prisión y multa de 7500 euros para este supuesto. La ley Gala protege además los derechos fundamentales de las partes implicadas en el proceso: castiga penalmente con multa de 15000 euros la difusión sin su consentimiento de imágenes del acusado esposado o conducido al tribunal tras su detención, así como comentar o sondear acerca de la culpabilidad de un sospechoso o especular sobre la pena que se le impondrá⁶⁶⁶. Asimismo agrega que “también es delictivo publicar actas de acusación u otros escritos del procedimiento antes de la audiencia pública, o difundir las deliberaciones del juzgado o del tribunal (18,000 euros)”⁶⁶⁷.

Sin embargo, algunas de estas normas han sido cuestionadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha señalado que la necesidad de una restricción al ejercicio de la libertad de expresión se debe encontrar establecida de manera convincente⁶⁶⁸, y que la ley de 1931, que prohíbe publicar, antes de una decisión judicial, toda información relativa a un procedimiento penal, generando una diferencia de trato no justificada frente a otros procedimientos y perturba el derecho a informar sobre un asunto de interés público⁶⁶⁹.

⁶⁶⁴ Gabriela BRAVO, (2012), op.cit. nota 2, p. 53.

⁶⁶⁵ En Francia, la primera fase del juicio criminal es secreta (instrucción) y la segunda, pública. El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal señala que: “Salvo en los casos en que la ley disponga otra cosa, y sin perjuicio de los derechos de la defensa, el procedimiento durante la investigación es secreto. Toda persona que intervenga en este procedimiento está obligada por el secreto profesional (...) bajo las penas de los artículos 226.13 y 226.14 del Código Penal”.

⁶⁶⁶ Ídem. p. 54.

⁶⁶⁷ Ídem. p. 55. La misma autora comenta que “En Italia, la denominada “Ley Mordaza” promovida por el anterior Gobierno de Silvio Berlusconi prevé condenas de hasta 30 días de Cárcel y 10000 euros para los periodistas que publiquen el contenido de las escuchas telefónicas o de actas bajo secreto utilizadas en la investigación judicial. Para los medios las multas van de entre 300000 a 450000 euros”.

⁶⁶⁸ CEDH No 34000/96, *Roy et Malaurie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, párrafo 27, punto iii.

⁶⁶⁹ CEDH No 34000/96, *Roy et Malaurie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, párrafo 35.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha admitido la posibilidad de establecer limitaciones a la publicidad previa al juicio cuando no existan otras medidas⁶⁷⁰, pero advierte que existirá una “fuerte presunción” de inconstitucionalidad frente a estas medidas⁶⁷¹.

Por otro lado, una disposición con tantos incentivos para ser vulnerada, y tan poco eficiente, parece contraproducente. Resultaría preferible prohibir la publicación de informaciones contenidas en el sumario, que es realmente lo que se busca, lo que además sería más fácilmente fiscalizable.

ROXIN plantea que la prohibición total de informar sobre la instrucción puede dar buenos resultados (así sería en Estados Unidos) y que “es suficiente que se hagan públicos los distintos avances formales realizados durante la instrucción, como pueden ser la detención, arresto, registro domiciliario, interposición de la denuncia o la querrela etc., pues creemos que no existe ningún interés público informativo justificado sobre los detalles en los avances de la instrucción o sobre los nuevos logros de las autoridades persecutorias”. Asegura que en caso contrario, se corre el riesgo de generar prejuicios en la población y en los órganos juzgadores, sin que dicha publicidad contribuya a la publicidad del proceso penal mismo o de cualquier otro interés relevante, como si ocurre en la etapa del juicio oral⁶⁷².

Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS propone limitar el derecho a reserva de las fuentes (secreto profesional del periodista) cuando este encubra el quebrantamiento del secreto del sumario. Asimismo, propone sancionar penalmente la difusión del contenido del mismo, siguiendo en esto a los modelos Alemán, Portugués y Británico⁶⁷³.

Cabe destacar el esfuerzo que sobre este punto ha realizado el Ministerio Fiscal ante la ausencia de una institucionalidad adecuada, que se ve reflejada, por ejemplo, en su Instrucción nº 3/1993, de 16 de marzo⁶⁷⁴. En ella enfatiza el deber del Ministerio Fiscal de velar por el secreto de sumario, señalando que el tratamiento mediático de los antecedentes de la investigación podrían generar incertidumbre procesal, deterioro de las pruebas, daño en la dignidad de las personas (incluso antes de que sean parte de la investigación) y descredito de la justicia. Recuerda que ya en el año 1928 una circular del Fiscal del Tribunal Supremo (22 de julio) de 1928 se refería a este punto.

Asimismo, la instrucción del Ministerio Fiscal reconoce que la excesiva duración de la instrucción conspira contra la reserva, pues no puede restringirse el acceso a la opinión pública por largo tiempo, con el agravante de que la labor reconstructiva de los hechos investigados incluso podrían superar al trabajo

⁶⁷⁰ *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

⁶⁷¹ *Times-Picayune Pub. Corp. v. Schulingkamp*, 419 U.S. 1301 (1974). En el mismo sentido, los jueces BRENNAN, STEWART y MARSHALL, en su opinión concurrente en *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

⁶⁷² Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 74. (por ambas citas)

⁶⁷³ Luís RODRÍGUEZ RAMOS, “La Actual Ficción del Secreto de las Actuaciones Sumariales como Conflicto de Derechos y de Poderes (Ponencia)”, en *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, Editorial La Ley, Madrid (2012), p. 152.

⁶⁷⁴ Instrucción nº 3/1993, de 16 de marzo: El ministerio Fiscal y la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva ya un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto de sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como *notitia criminis*.

judicial, precisando que una información obtenida antes y al margen del sumario no puede considerarse atentatoria a su secreto.

El Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 reconoce que el derecho al secreto sumario en la práctica ha sido escasamente respetado, y que desde las primeras sospechas policiales la difusión “total e indiscriminada de cuanto acontece en el curso de la actividad investigadora oficial ha contribuido a la proliferación, no ya de juicios paralelos al que puede desarrollarse en el plenario en régimen de audiencia pública, sino más bien de juicios anticipados, lo que limita la efectividad del derecho a la presunción de inocencia, “pues rara vez tiene la misma difusión una sentencia condenatoria que una absolutoria”⁶⁷⁵

Por ello señala que dentro del marco constitucional y respetando la libertad de expresión e información, es necesario introducir “cauteladas normativas que aseguren que la información transmitida se contraiga a lo necesario desde el punto de vista del interés informativo”. Para disminuir estas tensiones, reitera el criterio respecto a las informaciones oficiales que el Ministerio Fiscal debe entregar mediante notas de prensa y comunicados, tratando siempre en forma igualitaria a todos los medios, prohibiendo a cualquier funcionario que no esté expresamente facultado divulgar datos o emitir opiniones sobre el asunto. Añade que “la necesidad de transmitir la opinión pública el supuesto éxito de la labor investigadora no es compatible con una visión más global del procedimiento y más ajustada al verdadero significado que los hallazgos policiales tienen en el marco de un Estado de derecho”⁶⁷⁶.

Sin embargo, el alcance de la propuesta será menor, pues no cabe a una ley de enjuiciamiento criminal regular todas las actuaciones de los medios de comunicación que puedan afectar la correcta marcha de la justicia y los derechos de quienes en ella participan.

Por último, PACHECO CIFUENTES señala que existe en la legislación de protección de datos un medio válido para perseguir las filtraciones a los medios de comunicación⁶⁷⁷. En el mismo sentido se manifiesta el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011

3.2.3.- Publicidad de las audiencias y de los procesos en curso.

Como ya hemos señalado, existe consenso sobre el carácter público que debe caracterizar a las audiencias judiciales⁶⁷⁸, aunque ello bien puede lograrse mediante diversos tipos de regulaciones⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, p. 54-55.

⁶⁷⁶ Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, p. 55-56. (por todas las citas)

⁶⁷⁷ Alfonso PACHECO CIFUENTES. “¿Es la LOPD un medio válido para perseguir las filtraciones judiciales a los medios de comunicación?” Diario La Ley, 9 de marzo de 2012.

⁶⁷⁸ CEDH No 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero de 2000, párrafo 55-56.

⁶⁷⁹ Un estudio interesante sobre la regulación de la publicidad en el derecho comparado se encuentra en Juan José LÓPEZ ORTEGA, “La Dimensión Constitucional del Principio de Publicidad de la Justicia”, Revista del Poder Judicial, Número Extraordinario, XVII (1999), pp. 37-140, referido principalmente al ámbito penal.

La institucionalidad democrática exige aceptar críticas y cuestionamientos a los jueces, a sus resoluciones, así como a otros intervinientes en el proceso, así como una amplia cobertura informativa a los asuntos de interés público, donde los asuntos de materia judicial, especialmente de contenido penal, ocupan un lugar destacado.

Muchas de estas comunicaciones se realizarán dentro del proceso, en el marco del cauce destinado a tal efecto.

Pero también habrá otras, que por su forma y circunstancias, podrán ofrecer un grave riesgo a la correcta administración del derecho, tanto general como particular, pudiendo afectar tanto la imparcialidad del tribunal como los derechos de las partes a un juicio justo. Asimismo, podrán afectar otros derechos como la honra, la privacidad y el derecho a la presunción de inocencia, justificando algunas limitaciones a la publicidad y a la libertad de información.

Sin embargo, esta regla también está sujeta a algunas excepciones en cuanto a terceros, las que se fundarán, como es habitual, en la necesidad de dar protección a otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (orden público, moral, derechos de terceros, seguridad nacional, entre otros)⁶⁸⁰, aunque ellos deberán ser especialmente poderosos para permitir la restricción de esta garantía. Por ello, podemos anticipar que las restricciones a la publicidad procesal serán, en términos estadísticos, muy excepcionales.

3.2.4.- Publicidad en el pronunciamiento de la sentencia.

El acto final de la audiencia de juicio es la notificación de la sentencia, y los criterios existentes en cuanto a la forma de notificar las sentencias a los afectados son claros y antiguos, asimilándose, en lo más sustancial, a los requisitos de publicidad del juicio del que forman parte⁶⁸¹. Sin embargo, dadas las exigencias y características de muchas sentencias contemporáneas, su lectura pública podría tomar mucho tiempo, por lo que el criterio se ha flexibilizado.

El legislador español, por ejemplo, ha autorizado a que las sentencias, una vez firmadas, sean depositadas en la secretaría del tribunal, desde donde quedan disponibles al público⁶⁸², permitiendo con ello darles plena publicidad, al mismo

⁶⁸⁰ Adicionalmente, los Tratados Internacionales podrían considerar otras limitaciones, como por ejemplo, el art 6 del Convenio Europeo para la Protección de los DD.HH. y Libertades Fundamentales de 1950 (que además considera la causal de seguridad nacional, y explicita algunos valores constitucionales como la protección de la vida privada o los intereses de menores, o los intereses de la justicia, o el art 14 del PIDCyP de 1966, que repite casi literalmente lo señalado por el Convenio ya citado.

La LEC 2000, art 138, que además es de aplicación supletoria a todos los proceso (art. 4), reproduce en términos casi literales lo ya señalado por ambos artículos. Según ORENES RUIZ, los derechos y libertades que justifican medidas de restricción de publicidad son sólo el derecho al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), nota 28, p 57.

⁶⁸¹ Art. 6 del Convención Europea, y el art. 120.3 CE.

⁶⁸² Art. 266.1 de la LOPJ. art 906 de la LEC Criminal y Art 3.2 del reglamento 1/2005 (aspectos accesorios de las actuaciones judiciales). El Informe CGPJ del 12 de enero de 1994 ya dispone que ante circunstancias particulares, podría limitarse motivadamente el acceso a la lectura de las sentencias. Se ha dicho que los mismos criterios valen para respecto a las notificaciones por anuncios, tablonos o insertos (Instrucción 1/2007 de la FGE sobre actuaciones jurisdiccionales

tiempo que evitamos la proliferación de sentencias abreviadas y mal fundamentadas, con el sólo propósito de facilitar el cumplimiento de su pronunciamiento público.

Por otro lado, los avances tecnológicos actualmente disponibles pueden prestar un gran servicio en cuanto a la difusión masiva, gratuita e inmediata de las sentencias judiciales, a través del uso de páginas webs y otros mecanismos similares. Esta labor podrá ser complementada, más nunca reemplazada, por el trabajo que realicen los Gabinetes de Información, que podrán editar, resumir o sistematizar las sentencias y la doctrina contenida en ella, facilitando el trabajo de jueces, periodistas, investigadores, así como de cualquier otro interesado⁶⁸³.

Cabe señalar que el inciso 2 del artículo 266 Ley Orgánica del Poder Judicial recién citado, autoriza la reserva de algunas partes específicas de la sentencia, cuando ello convenga a un interés público específico⁶⁸⁴. De esta manera, es práctica común ver omitidos los nombres de las víctimas, o sólo señaladas sus iniciales, cuando su publicación pudiere afectarles. Lo mismo podría suceder cuando se considere que la sentencia, o parte de ella, afecte la moral pública o pudiera generar otros efectos indeseados⁶⁸⁵.

e intimidad de menores, que ordena a los fiscales velar porque se supriman aquellos datos que permitan la identificación de menores de edad, si ello afecta su intimidad, y la resolución vaya a ser publicada o fijada en el tablón de anuncios.

Asimismo, la Resolución de la Asamblea General de la ONU 40/33, de 29 de noviembre de 1985, se refiere a la posibilidad de que los tribunales omitan todo “dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular su razonamiento y el correspondiente fallo”, así como “la identificación de determinadas personas que aparecían mencionadas (...) bien atendiendo a la garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales; bien atendiendo el específico deber de tutela de los menores, tanto en supuestos litigios relativos a su filiación o custodia, procedimientos de adopción o desamparo...de conformidad con el artículo 8 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing).

⁶⁸³ Ver Protocolo de Comunicación del Tribunal Supremo aprobado por la Sala de Gobierno del TS 26 Abril 2007 que entre otras cosas se refiere a los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de elaborar, notificar y comunicar resoluciones judiciales.

⁶⁸⁴ El art. 12.6 LOPJ autoriza a la no publicación parcial o total de la sentencia si la sala estima que ella ofende a la decencia o a la seguridad pública o así como a los derechos de las personas en ellas involucrada.

En concreto, la norma señala que “El acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de los mismos, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser utilizados con fines contrarios a las leyes”.

⁶⁸⁵ STC 127/2003, FJ 6: “(...) debemos rechazar resueltamente que la identificación de una persona como posible víctima de unos hechos presuntamente delictivos conlleve su escarnecimiento, humillación o desmerecimiento en la consideración ajena. En otras palabras, repugna a los valores y principios inspiradores de nuestro ordenamiento constitucional admitir que quien, como aquí sucede, ha podido ser sujeto pasivo de cuatro delitos de violación y dos de abusos deshonestos, cometidos por su propio padre, pueda padecer, además, estigmatización alguna a resultas de la divulgación de tal circunstancia. La hipotética vulneración del derecho al honor tendría lugar si, al socaire de la transmisión de esa información, se hubiera hecho uso de expresiones insultantes o vejatorias, pues es sabido que la Constitución no ha reconocido un pretendido derecho al insulto, por lo que quedan fuera de la protección que brinda el art. 20.1 d) CE aquellas expresiones que, al margen de su veracidad, resulten ofensivas u oprobiosas e impertinentes para difundir la información de que se trate (por todas, STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Las sentencias del Tribunal Constitucional, por el contrario, exigen un estándar parcialmente diferente frente a esta posibilidad de reserva, ya que su alto interés público y la utilidad del conocimiento de los criterios interpretativos, auténticos y finales, existentes en materias de derechos fundamentales y demás normas constitucionales, exige una amplia difusión de las mismas, exigiéndose su íntegra publicación, incluidos los votos particulares, en el Boletín Oficial del Estado⁶⁸⁶. Además, el Tribunal Constitucional, siguiendo la práctica de muchos otros tribunales, ofrece libre acceso a su página web, la que dispone de buenos sistemas de búsqueda y acceso a sus resoluciones.

En todo caso, esta publicidad reforzada de las sentencias constitucionales tampoco puede entenderse en modo absoluto, cabiendo siempre la posibilidad de decretar su reserva tras un proceso de balanceo o ponderación⁶⁸⁷.

3.2.5.- Publicidad, debate público y crítica de las sentencias y de las actuaciones judiciales realizadas una vez que el juicio ha concluido.

En estricto rigor, la publicidad procesal sólo es aplicable al proceso, por tanto cesa como tal una vez que se ha dictado sentencia de término.

La publicidad a que queden expuestos los expedientes, así como las posibles limitaciones a ella, se regirán por otras reglas y criterios, especialmente vinculadas con la libertad de información y acceso a la información pública⁶⁸⁸.

Cuando se ha dictado sentencia de término, ni las necesidades y garantías de un juicio justo, ni los derechos del acusado pueden invocarse, pues no existe un juicio sobre el que pudieran tener efecto. Sin embargo, pueden haber buenas razones para exigir un tratamiento especial de parte de la prensa a los asuntos ya tratados en sede judicial una vez terminado el proceso, como también a los actores que han intervenido en un proceso (incluyendo entre estos a la judicatura, considerada individualmente, como jueces y personal administrativo, tanto como institucionalmente, como poder estatal). Pero para exigir este tratamiento protegido, y regular la difusión y el tratamiento mediático de este tipo de asuntos, deberán invocarse diferentes razones y justificaciones como podría ser el respeto a la acción judicial y a la verdad establecida en el proceso.

Además, siempre quedará la posibilidad de recurrir a las legislaciones que protegen la intimidad, el honor y la honra, derecho a la resocialización del delincuente, que podría verse frustrado con una exposición pública de su caso en forma periódica y reiterada.

De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que después determinado un litigio podrían establecerse restricciones fundadas en el art. 10, ya que determinadas actuaciones de los medios de comunicación, especialmente si

⁶⁸⁶ Art. 164.1 CE.

⁶⁸⁷ El ATC 516/2004, FJ 6; y STC 114/2006, FJ 7.

⁶⁸⁸ Art. 20.1 letra d y 105 letra b CE. En este mismo sentido, Fiscalía General del Estado, instrucción 1/2007. Sin embargo, la STC 46/2002, FJ 3, ha señalado que la publicidad dada a una sentencia en un medio informativo está amparada por el principio constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE), considerándolo de alguna manera como una forma de notificación o lectura pública de la misma (STC 176 de 1988, FJ 2).

son malintencionadas y/o tendenciosas, podrían afectar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia⁶⁸⁹.

En el sistema constitucional español ello sería inadmisibile, dada la relevancia del sistema de control social no institucional sobre el poder judicial, aún a sabiendas de las molestias que ello pueda ocasionar a los afectados⁶⁹⁰.

Además, la capacidad de los comentarios posteriores a una sentencia no tendrá ninguna capacidad para afectar la imparcialidad del poder judicial, al menos en los casos que se han fallado⁶⁹¹.

Nosotros, en cambio, creemos que se pueden hacer distinciones.

En efecto, existe un periodo de tiempo, luego de terminado el procedimiento, donde siendo imposible influir o presionar al Tribunal, es posible ver activas y agresivas campañas tendientes a criticar a la sentencia, el procedimiento, la labor indagatoria, la normativa aplicable al caso, la conducta y la figura del juez, entre muchas otras, todas las cuales pueden provocar un grave daño a la institucionalidad y a la confianza de la sociedad en su sistema judicial. Asimismo, estas acciones pueden afectar la efectividad de las medidas adoptadas como resultado del proceso, dando lugar – en los casos más graves – a manifestaciones, protestas, vendettas, etc.

Un ejemplo paradigmático de lo anterior, sería la realización de una campaña masiva, costosa y bien organizada destinada a neutralizar o a profundizar los efectos políticos o comerciales de un caso. En estos casos, la posibilidad de influir sobre el juez es nula, pero pueden lograrse importantes objetivos diferentes, como causar duda en la opinión pública sobre la legitimidad y corrección de la sentencia, y sobre el prestigio y respetabilidad del Poder Judicial.

Además, como señalábamos recién, ellas pueden tener lugar precisamente en el momento en que se debe dar cumplimiento a ella, o tomar una serie de medidas complementarias a una sentencia como destitución, traba de embargos, o en que la opinión pública se está formando una idea sobre los hechos y circunstancias que dieron lugar a una sentencia de condena o absolución, entre otras.

Por ello, el “cómo” y el “cuando” del tratamiento mediático a un asunto judicial admite diferentes valoraciones y análisis, no puede tratarse del mismo modo, ni con la misma severidad ni protección, una crítica realizada por vía de un medio de comunicación, cuando ella es realizada el mismo día de la sentencia, con una alta probabilidad de provocar emociones fuertes y masivas, que si esta crítica es realizada varios años después. Es necesario aplicar una graduación prudencial tanto para su enjuiciamiento y valoración, como para su regulación.

Asimismo, podría exigirse que las comunicaciones posteriores -por ejemplo en los reportajes conmemorativos- cuando se quiera arribar a conclusiones distintas

⁶⁸⁹ CEDH No 11508/85, *Barfod v. Dinamarca*, de 22 de Febrero de 1989.

⁶⁹⁰ Tomás Salvador VIVES ANTÓN, "La Responsabilidad de los Jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial", Estudios Penales y Criminológicos, Núm. IX, Santiago de Compostela (1986). Ver también STC 286/1993.

⁶⁹¹ STC 64/2001, FJ 2 sostuvo que la imparcialidad del tribunal no podía ser afectada por la publicación de las deliberaciones del tribunal, cuando ella se encontraba redactada más no notificada (caso *Gal*). Del mismo modo, el Consejo General del Poder Judicial rechazó junio de 2005 un amparo interpuesto por el juez Baltasar Garzón contra diversos medios que criticaban sus actuaciones respecto al 11-M, ya que ya no conocía del asunto.

a las contenidas en el expediente, se cuente con antecedentes suficientemente poderosos para ello.

Por otro lado, en caso de sentencias condenatorias en materia penal, podría sostenerse que la divulgación del nombre del condenado, de su foto y de la sanción aplicada, podría cubrir los fines de prevención general que algunos atribuyen al derecho penal. Aunque ellos ya es discutible, más aún lo será el que ello sea socialmente deseable en delitos de menor relevancia, donde el principio de la resocialización posterior del delincuente y de no estigmatización, debe tomar una importancia mayor (y para la cual cualquier publicación de un nombre vinculado a un delito puede resultar lesiva).

Creemos que esto no debiera admitirse, pues para ello la sanción debiera regularse, medirse y ser incluida tanto en el tipo penal como en las obligaciones periodísticas. En caso contrario, las sanciones serían indeterminadas y la situación será inmanejable, ya que con un estatuto como el actualmente vigente, ni siquiera hay certeza de que un hecho noticioso sea destacado o recogido por la prensa, ni de que dos hechos iguales sean tratados en la misma forma por los mismos delitos. Ello sería especialmente grave, para aquellos casos donde la sanción periodística sea considerada como más gravosa para el infractor que la sanción judicial.

Si aceptamos que las sanciones mediáticas podrían constituir un tipo de sanción penal, forzoso es prohibirlas del todo mientras no se encuentren reguladas, porque constituirían un caso de aplicación de penas por vía extra jurisdiccional, sin las regulaciones propias del Derecho Penal y del debido proceso, además de una violación flagrante del principio del *non bis in idem*. El principio de legalidad, pilar fundamental del Derecho Penal, exige que todas las sanciones se encuentren establecidas y reguladas estrictamente por ley.

Frente a este punto, entramos a una arena compleja, pues si somos fieles a la arquitectura constitucional republicana, mientras las “sanciones” realizadas por la prensa no se encuentren legalmente reguladas, ellas debieran estar prohibidas. Pero como es un hecho que esto no sucede -y que es poco probable que suceda en el futuro, dado el amplio espectro de acción dado a los medios- nos veremos ante la disyuntiva de negar parcialmente el principio de legalidad del Derecho Penal para este caso concreto (retrocediendo en materia de penas a etapas muy arcaicas), negar el problema e ignorarlo como si este no existiera, o reconocer que ante esta situación, las herramientas propias del derecho penal no resultan suficientes ni recomendables, resultando más conveniente regular esta situación por otros medios.

Pero difícilmente puede invocarse la autoridad del Poder Judicial para impedir el debate público de una sentencia, y mucho menos para impedir que con ese debate se pretenda reabrir un caso judicial aportando nueva evidencia.

Por otro lado, pueden existir casos en que la libertad de expresión muestre su capacidad para fomentar el adecuado desempeño de las autoridades con responsabilidades públicas, controlarlas en su actuar, facilitar la realización de la justicia y disminuir los riesgos de corrupción. Ello pudo verse en el caso *July y Sarl Libération v. Francia*⁶⁹², relativo a un juez cuya muerte fue atribuida, 10 años después a un “suicidio por inmolación”, en circunstancias que existían

⁶⁹² CEDH No 20893/03, *July et Sarl Libération v. Francia*, de 14 de febrero de 2008.

antecedentes para justificar un homicidio en el que habrían intervenido altas autoridades de la República de Djibouti.

La sentencia fue cuestionada públicamente por la Unión Sindical de Magistrados de Francia (USM) y por la prensa, y ante la difamación reclamada por los jueces de instrucción afectados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró el derecho de informar y ser informado de los procesos en materia penal, y criticó los reproches realizados por la Corte de Apelaciones a la periodista recurrente.

Otra situación de interés en estas materias corresponde a la situación de “negacionismo histórico”, aunque no puede hacerse de ella una regla general y permanente, por el fuerte elemento traumático y emocional que envuelve⁶⁹³, y la protección otorgada a la expresión de ideas que “chocan o inquietan” y que han sido protegidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁹⁴ y del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido varias ocasiones de analizar casos al respecto⁶⁹⁵.

En el caso *Lehideux and Isorni v. Francia*, los autores de una inserción en homenaje al Mariscal Philippe Pétain, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó su posición favorable a la primacía y legitimidad de la libertad de expresión⁶⁹⁶ y al derecho a cuestionar sentencias judiciales (Pétain fue condenado a muerte por su colaboracionismo), especialmente en la opinión concurrente del juez De Meier.

No obstante, en un caso reciente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España a indemnizar al dueño de la librería Europa, condenado por un delito de justificación del holocausto⁶⁹⁷, aunque invocando la cláusula de debido proceso y no el artículo 10 de la Convención Europea.

En España, el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse al respecto, *inter alia*, en el Caso *Violeta Friedman*⁶⁹⁸, el Caso *Hitler-SS*⁶⁹⁹ o *Librería Europa*⁷⁰⁰. En el primer caso, se afirmó que las declaraciones negacionistas, por más ofensivas que puedan ser, quedan amparadas por el derecho de la libertad de

⁶⁹³ Buscando establecer una base común, el 19 de Abril de 2007 la Unión Europea elaboró una decisión-marco que debía ser implementada en un plazo de 2 años por todos los países de la Unión.

⁶⁹⁴ CEDH No 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre 1976, párrafo 49; CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril 1979, párrafo 65; CEDH No 8734/79, *Barthold v. República Federal de Alemania*, de 25 Marzo 1985, párrafo 58; CEDH No 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo 1988, párrafo 33; y CEDH No 13470/87, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 Septiembre 1994, párrafo 49.

⁶⁹⁵ CEDH No 15890/89, *Jersild v. Dinamarca*, de 23 de septiembre de 1994; CEDH No 24662/94, *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de Septiembre 1998, (en la que se dice que la justificación de un política pronazi no puede beneficiarse de la protección del CEDH); CEDH No 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero 2000, (el negacionismo constituye un delito con una base política que va en contra de los fundamentos de una sociedad democrática).

⁶⁹⁶ CEDH No 24662/94, *Lehideux e Isorni v. Francia*, de 23 de Septiembre de 1998, párrafo 56.

⁶⁹⁷ CEDH No 61005/09, *Varela Geis v. España*, de 5 de Marzo 2013. Varela Geis, encargado de la librería Europa, fue condenado a una pena privativa de libertad por negación del Holocausto, provocación de la discriminación, el odio y la violencia.

⁶⁹⁸ STC 214/1991.

⁶⁹⁹ STC 176/1995.

⁷⁰⁰ STC 235/2007.

expresión por formar parte de juicios de valor subjetivos. Pero en el segundo caso señaló que “la apología de los verdugos glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de humillación de sus víctimas, no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución”, abordando las declaraciones desde el derecho al honor.

Respecto a los hechos históricos, el Tribunal Constitucional ha señalado que su valor especial permitía una mayor protección que la libertad de expresión (STC 43/2004)⁷⁰¹.

La misma sentencia, en su FJ 4 señala que si bien el documental “se refiere a un proceso judicial (sic) instruido y juzgado en 1937, en el marco de la Guerra Civil (...) versa sobre hechos históricos que presentan una indudable relevancia pública”, agregando que ello no se puede comparar con un típico relato de crónica judicial, pues “lo que aquí se discute es la forma en la que se ha informado sobre un suceso de nuestra historia reciente”, recordando que la periodista a cargo del mismo es también historiadora y dedicó varios meses a preparar el programa.

Por ello, en su FJ 5 señala que “la realización del documental se inscribe en la mentada libertad de producción y creación científica, la que incluso tiene una protección mayor que la libertad de información, pues los ella se refiere, por definición a “hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse (...) con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos (...). Por todo ello, la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica”.

Merece la pena destacar que la sentencia presenta un voto particular discrepante, formulado por don Manuel JIMÉNEZ DE PARGA al que se adhiere el Magistrado don Roberto GARCÍA-CALVO, quienes básicamente señalan que no se han presentado argumentos para conceder a ellas el amparo de la libertad científica, y que el programa contenía errores y que por lo mismo, no cumplía con el requisito constitucional de veracidad entendido como diligencia, afectando gravemente al honor de don Carlos Trías Bertrán y de sus hijos⁷⁰².

⁷⁰¹ STC 43/2004, relativo a la retransmisión de un programa documental realizado por el canal "TV 3" de Catalunya, titulado "Sumaríssim 477", donde entre otras cosas, se narraba y simulaba el Consejo de Guerra al que en el año 1937 fue sometido don Manuel Carrasco i Formiguera en Burgos, siendo condenado a pena de muerte, dejando entrever que el fundamento principal de la condena serían las declaraciones de los testigos, quienes “habían ocupado puestos de relevancia “en la Administración y prensa franquista” después de 1940”. Los descendientes de uno de los testigos mencionados (Trías Bertrán) cuestionaron la veracidad histórica de estos antecedentes, recurriendo de amparo fundado en el derecho al honor.

⁷⁰² Estos errores consistieron en afirmar que el Sr. Carrasco i Formiguera fue condenado "exclusivamente" por los testimonios de determinados catalanes, entre ellos el Sr. Trías Bertrán, así como que tales testigos comparecieran "voluntariamente" ante el Instructor de la causa, calificándoles de "testigos de cargo" sin advertir que algunos sólo depusieron en la fase de

3.3.- Excepciones a la publicidad procesal: juicios a puerta cerrada, reserva de las deliberaciones del tribunal y sentencias editadas.

3.3.1.- Juicios a puerta cerrada.

La principal de entre las limitaciones posibles es la que permite la realización de juicios “a puerta cerrada”⁷⁰³. Obviamente, ella no alcanzará a las partes del juicio, y deberá emanar de una resolución fundada y construida sobre la base de un juicio de proporcionalidad⁷⁰⁴.

Sin embargo, alguna jurisprudencia americana ha señalado que el principio de publicidad incluso alcanza a las audiencias realizadas en forma privada⁷⁰⁵. A nuestro juicio, en este tipo de situaciones debe distinguirse el hecho mismo de que la audiencia sea realizada sin participantes externos, de la necesidad y conveniencia que puede existir de proteger algunos bienes jurídicos relevantes por la vía de restringir su publicidad.

3.3.2.- Restricción a la publicidad de las deliberaciones de los jueces.

Cabe señalar que no parecen quedar incluidas dentro del principio de publicidad las deliberaciones de los jueces. Hay buenas razones para mantener este espacio bajo confidencialidad, sin perjuicio que luego se expongan en la sentencia las conclusiones a que se lleguen⁷⁰⁶.

3.4.- Otras circunstancias que ameritan restricciones a la publicidad en materia judicial

3.4.1.- Información reservada y confidencial

Algunos asuntos pueden exigir para su adecuado juzgamiento el conocimiento de asuntos confidenciales, reservados o secretos. En estas circunstancias, es posible

instrucción. Reputados historiadores han sostenido, con argumentos irrefutables, afirmaciones contrarias (...).”

⁷⁰³ El art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) dispone que las sesiones del juicio oral podrán tener lugar “a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia”.

⁷⁰⁴ Del mismo modo, existen otras leyes que se refieren a limitaciones de la víctima de publicidad no deseada, recaído sobre la víctima o sobre la persona imputada. Ley de delitos violentos y contra la libertad sexual, (35/1995), la Ley Orgánica sobre Responsabilidad Penal de Menores (5/2000). El TEDH también se ha pronunciado en este sentido en *T. v. Reino Unido*, específicamente en el párrafo 86; *V. v. Reino Unido*, párrafos 88 y 90; y *P. v. Reino Unido*, párrafos 37 y 38.

⁷⁰⁵ *Dow Jones & Co., Inc. v. Simon*, 488 U.S. 946 (1988).

⁷⁰⁶ Art. 233 LOPJ. Lo mismo se ha señalado incluso para las deliberaciones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ver opinión disidente del Juez Warren E. BURGUER, en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

José YOLDI (2012), ob. cit, nota 653, p. 161: “Las deliberaciones de los plenos del CGPJ son igualmente secretas. Sin embargo, siempre hay al menos media docena de vocales en disposición de contar, con pelos y señales la versión que más les beneficie”.

que se facilite el acceso a los mismos, pero imponiendo a quienes tengan acceso a ellos especiales exigencias de reserva, incluso sancionadas penalmente⁷⁰⁷.

Incluso, si la reserva de información fuera fundamental, se podría negar la tramitación de un caso que podría afectar dicha confidencialidad⁷⁰⁸, aunque dicha situación será siempre excepcional y extrema.

3.4.2.- Restricción de publicación de imágenes sobre juicios y nombres de involucrados.

Una posibilidad de restricción parcial de la publicidad de los juicios se relaciona con las limitaciones a la difusión de imágenes y nombres de personas (testigos, inculcados, víctimas), que son innecesarias para la formación de la opinión pública y no contribuyen a dar protección al proceso por la vía del control social, sino por el contrario, pueden afectar derechos y desviar la atención a asuntos menos relevantes pero más atractivos desde la perspectiva de la curiosidad.

Existe especial consenso en que algunas situaciones pueden admitir una especial protección, como por ejemplo víctimas de delitos sexuales, menores y ciertos testigos⁷⁰⁹, aunque la lista no se limita sólo a ellos.

Por ello, se han establecido ciertas restricciones, aunque siempre ellas deberán obedecer a la lógica de la ponderación, por lo que serán también excepcionales.

Los ejemplos en este sentido son numerosos. El Tribunal Constitucional prohibió publicar fotografías de un incendio⁷¹⁰ por considerar que no tenían interés informativo per sé. Sin embargo, tuvo un criterio diferente frente a la publicación de imágenes de una víctima de homicidio⁷¹¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la restricción a publicar la fotografía de un imputado, puede ser considerada como una forma de proteger la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, y que por esa vía alcanza la protección de los derechos de los litigantes⁷¹².

Pero en otro caso (*News Verlags GMBH & Cokg v. Austria*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la restricción de publicar las fotografías de

⁷⁰⁷ En EE.UU. existe una ley sobre Procedimientos que Involucren Información Clasificada.

⁷⁰⁸ *Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1876); *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953); y *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, 454 U.S. 139 (1981).

⁷⁰⁹ “Publicar la identidad de un testigo protegido, es un exceso lamentable que no debería quedar impune, aunque no existe acuerdo sobre el tipo de sanción que debería llevar aparejado. Como es un exceso que durante varios meses un programa de televisión organice en un plató un juicio paralelo, como ocurrió con la violación y asesinato de las 3 niñas de Alcázar”. José YOLDI (2012), ob. cit, nota 653, p. 163.

⁷¹⁰ STC 13/1985.

⁷¹¹ ATC 195/1991, FJ 6 : Que la televisión retransmitiera fotografías del fallecido constituye una actividad de difusión que también aparece salvaguardada por la Constitución, en su art. 20, al versar sobre una realidad social que reviste interés público, por análogas razones por las que queda sometida a instrucción representación criminal ex officio, y siempre que consistiera en información obtenida al margen de la causa, y sin transgredir ninguna limitación legítimamente ordenada por la autoridad judicial (STC 13/1985) (parámetros expuestos por la Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 22 julio 1963, Núm. 1793/63).

⁷¹² CEDH No 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero 2000, párrafo 45.

un imputado no era necesaria para proteger los derechos reclamados, por lo que constituía una interferencia injustificada en la libertad de expresión⁷¹³.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha mostrado una mayor resistencia a la restricción de la publicidad procesal. A modo de ejemplo, podemos señalar que desestimó la alegación de una persona que durante la tramitación de un juicio de divorcio había sido fotografiada sin su consentimiento y luego publicada, argumentando que en los procesos judiciales existía un interés público⁷¹⁴. Este caso llama especialmente la atención pues es precisamente en este tipo de situaciones donde la privacidad podría prevalecer en forma más evidente sobre el interés público informativo.

Asimismo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley de Georgia que protegía a las víctimas y prohibía la publicación de su nombre, reiterando la importancia de una prensa fuerte (vinculando su justificación a las enmiendas 1 y 14). Con esto se constituye, de ahí en adelante, lo que se ha venido a llamar un “absolute first amendment privilege”⁷¹⁵. Sin embargo, esta radicalísima postura se ha atemperado en las cortes federales y estatales⁷¹⁶.

ROXIN señala que los daños que puede sufrir una persona comienzan cuando ella es considerada inculpada, y que la jurisprudencia alemana soluciona este problema por la vía de la ponderación, prevaleciendo el interés público en los casos de personajes históricos o delitos graves. Sólo en esos casos sería posible la mención del nombre, en cambio en los delitos menores debería preferirse el anonimato (pone como ejemplo “la única mención de la primera letra”).

Además, sugiere ROXIN que tal anonimato incluso debe existir en los delitos muy graves, como una forma de derecho al olvido, proponiendo cómo requisitos sólo el paso de un largo tiempo y el cumplimiento de la condena⁷¹⁷. En estos casos prima el derecho a la resocialización y a la honra, derivado de la personalidad, por sobre el de la información.

En España, ni la práctica ni la doctrina sobre estas materias es uniforme. GÓMEZ BERMÚDEZ y BENI UZÁBAL señalan, a modo de denuncia, que muchos tribunales consideran que el carácter de personaje público de algunas figuras o el hecho de que ya hayan sido condenados es razón suficiente para reducir sus derechos al mínimo a favor de la información y la publicidad, aunque otros estiman lo contrario. En el punto intermedio se encuentran aquellos que estiman que la difusión pública de la imagen del acusado puede aumentar desproporcionadamente los perjuicios de someterse a un proceso, por lo que ordenan el establecimiento de medidas especiales como la desfiguración del

⁷¹³ CEDH No 31457/96, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, de 11 de Enero 2000, párrafos 16, 18, 20, 21, 37, 39, 40, 45 y 60.

⁷¹⁴ *Berg v. Minneapolis Star & Tribune Co.*, 79 F Supp. 957 (Minn.1948).

⁷¹⁵ Ver al respecto *Cox Broadcasting Corp v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975). Con ello además se contribuía a controlar la actividad gubernativa (judicial en este caso, pero propia de Gobierno).

⁷¹⁶ Massimiliano MEZZANOTTE, (2009) op. cit 312.

⁷¹⁷ Agrega ROXIN que el Tribunal Constitucional Federal prohibió un programa televisivo en el que se mencionaba con el nombre completo repetidamente a los jóvenes autores del asesinato de un soldado ocurrido ya hacía varios años. El tribunal hizo prevalecer en este supuesto el derecho del inculpado a la resocialización, derivado del derecho a la personalidad, sobre el interés público a la información. Claus ROXIN, ob. cit, nota 44, p. 77.

rostro o de la voz, las que permiten dar a conocer el hecho noticioso mismo pero sin sus detalles más singulares⁷¹⁸.

3.4.3.- Limitaciones por razones de espacio físico.

Una situación especial nos plantean las restricciones de espacio de las salas de audiencia.

Resulta evidente que en los casos donde el interés del público de participar en forma presencial de la vista de una causa sea mayor que las posibilidades físicas del tribunal, deberán imponerse restricciones de acceso y priorizaciones. A nivel estadístico, podremos decir que estos casos son de extraña ocurrencia, pero corresponde precisamente a aquellos que despiertan un mayor interés en la opinión pública.

Las razones para ello no sólo son de orden práctico o material, sino de salvaguardia del adecuado desarrollo del proceso y de la seguridad de quienes participan en él, incluyendo el propio público.

Estas medidas podrán ir acompañadas de medidas que permitan paliar en parte sus efectos negativos, dado que la motivación es eminentemente práctica, y no busca realmente limitar la publicidad.

En este sentido, ha habido interesantes experiencias en cuanto a facilitar el acceso y la vista de la audiencia por medios tecnológicos (incluyendo su transmisión masiva por vía electrónica o televisada), la preferencia otorgada a los representantes de medios de comunicación de mayor alcance y sintonía, e incluso la realización del juicio en un espacio de mayor capacidad (cambio de sede del tribunal)⁷¹⁹.

De entre las medidas señaladas, la que más polémica ha despertado es la “acreditación” previa exigida a medios y periodistas, por su posible efecto discriminador e imponente de requisitos en un derecho de titularidad universal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha validado este procedimiento, argumentando que obedece a una necesidad práctica, vinculada con exigencias de seguridad, y que en la forma correcta no plantea condicionantes al ejercicio del periodismo⁷²⁰.

⁷¹⁸ Javier GÓMEZ BERMÚDEZ, y Elisa BENI UZÁBAL, ob. cit, nota 337, p. 270.

⁷¹⁹ Esta posibilidad está expresamente autorizada por el art 268.2 de la LOPJ, y ha sido utilizada por la Audiencia Nacional en algunos juicios vinculados a la ETA y al 11M (caso en que se arrendó una sede en la Casa de Campo, que costó al Ministerio de Justicia más de 1 millón de euros. Esta tuvo una cobertura máxima, estableciéndose una señal institucional de audio y video a los que podían acceder los medios. Además, no se grabó a las víctimas ni a policías, no hubo primeros planos, y se facultó al presidente para suspender la grabación accionando un botón. Las audiencias provinciales han seguido estos parámetros para casos de alto interés público (ver por ejemplo, casos recientes citados por Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28 p. 85, nota 46).

⁷²⁰ STC 56/2004, FJ 6; STC 30/1986, FJ 5. Se señala que las restricciones vinculadas al espacio son medidas de seguridad que no desvirtúan su carácter público del proceso.

Consecuencialmente, se exige que estas acreditaciones se realicen en base a criterios objetivos y no discriminatorios⁷²¹, y que con ellas se favorezca la publicidad de la audiencia⁷²².

Frente a este punto, creemos conveniente señalar que si bien el acceso a la prensa a las audiencias es fundamental, también lo es el de las personas directamente relacionadas con el proceso, pareciendo razonable combinar esta prelación, establecida a favor de quienes tienen una mejor posibilidad de transmitir masivamente lo sucedido en cada juicio, con un determinado número de invitaciones o “cupos” establecido para cada una de las partes involucradas.

También es interesante mencionar la posibilidad de realizar juicios orales mediante videoconferencias. Sobre el particular el Ministerio Fiscal elaboró la Instrucción 1/2002 de 7 de febrero, luego de haber tomado conocimiento de que en algunos tribunales superiores de justicia se habían celebrado juicios orales a través de videoconferencia, lo que podía suscitar algunos problemas de legalidad y constitucionalidad.

En ella señalaba que si bien el artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, permitía a los juzgados y tribunales utilizar “cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que establece la ley orgánica 5/1992 de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación”, el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), podía verse afectado por esta práctica.

Por ello, mientras no existiese una norma legal que “que otorgue la necesaria cobertura al sistema” y asegure las mínimas garantías, el Ministerio debía oponerse motivadamente cuando fuese consultado sobre el particular durante un juicio, considerando la falta de ley específica y su condición de “garante del debido respeto de los derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución”⁷²³.

Sin embargo, al argumentar de esta manera dejó abierta la posibilidad de utilizar este tipo de tecnologías, cuando una ley lo autorice en forma especial⁷²⁴.

⁷²¹ STC 30/1982, FJ 4; STC 56/2004; y STC 57/2004, desarrolladas ampliamente más abajo. Cabe señalar que el art. 6 del Reglamento 1/2005 se refiere a estos “medios acreditados” sin que haya despertado polémicas ni reclamaciones por ello, lo que podría ser una muestra de la aceptación del criterio. Ni siquiera se ha mencionado como argumento en contrario el hecho de que el Consejo de Europa haya señalado que los periodistas podrán asistir a las audiencias de juicio sin necesidad de acreditación previa (principio 12 Recomendación 13 (2003), mostrando, una vez más, el carácter flexible y razonado de la lógica de la ponderación que caracteriza a las normas y derechos constitucionales.

⁷²² El principio de publicidad no podía quedar reducido a guardias y funcionarios, aun cuando la vista de la causa se llevara a cabo dentro de la prisión (el caso era vinculado con malos tratos a un recluso). “La publicidad queda garantizada con la presencia de ciertos testigos e incluso del público ordinario (al margen del mediático) y el derecho del público a recibir información de lo que acontece durante el mismo se obtiene por otras vías”. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 384.

⁷²³ Artículo 3.3 EOMF y la Instrucción 1/2002 de 7 de febrero

⁷²⁴ Para un mayor desarrollo del particular, ver Agustín PEREZ RUIZ, “Videoconferencia y Proceso Penal (Comentario a la S. TS (Sala 2ª) de 16 de mayo de 2005) I.”, Diario de Jurisprudencia, núms. 2182 (2005), pag. 1-9. Agustín PEREZ RUIZ, “Videoconferencia y Proceso Penal (Comentario a la S. TS (Sala 2ª) de 16 de mayo de 2005) II.”, Diario de Jurisprudencia, núm. 2183 (2005), pag. 1-9.

3.4.4.- Limitaciones de acceso establecidas por razón de ausencia de actividades de interés público.

Se ha planteado la duda de si el acceso de los medios a las salas de audiencia cuando en ellas no se desarrollen procesos judiciales podría ser amparado por el principio de publicidad procesal.

Al mismo cuestionamiento ha sido sometida la posibilidad de dar un acceso privilegiado a la prensa a dependencias diferentes a las salas de audiencia, como oficinas y pasillos.

El Tribunal Constitucional ha señalado, a nuestro juicio con razón, que en estos casos es posible establecer una mayor restricción, e incluso una prohibición de acceso a los diversos espacios de los tribunales, cuando no se desarrollen en ellos actividades de interés público que sea necesario cubrir informativamente, ya sean estos de índole jurisdiccional o institucional⁷²⁵. Evidentemente, este criterio debe ser aplicado con prudencia y siempre bajo la lógica de la ponderación, considerando, por un lado, las necesidades de la libertad de expresión (que incluye la protección de las actividades previas y preparativas) y la necesidad de no obstaculizar el adecuado funcionamiento de cada tribunal.

3.4.5.- Limitaciones específicas establecidas para el acceso de los medios de comunicación a las audiencias judiciales.

Pese a que la libertad de información abarca a todo tipo de medios, y al reconocimiento que existe a la importancia del conocimiento masivo de las actuaciones judiciales⁷²⁶, las limitaciones de espacio, la falta de una normativa suficiente al respecto, y la permanente desconfianza y tensión existente entre jueces y medios de comunicación, sumado a la primacía de criterios pragmáticos por sobre las necesidades de la vida democrática⁷²⁷, han dado lugar a una serie de

⁷²⁵La STC 57/2004, FJ 5 señala que “(...) por lo que toca al aspecto de la decisión impugnada referente a la prohibición de acceso a las instalaciones de la Audiencia Nacional en general, es decir, sin necesidad de que haya un juicio o un acto institucional, también hemos dejado dicho que “los pasillos u otras dependencias del (...) edificio no son fuentes de información de acceso general, pues más allá de los locales en los que se desarrollan las actuaciones públicas, el derecho de acceso tiene un carácter instrumental, es decir, paso para llegar a aquellos locales” (STC 56/2004, FJ 6), lo que priva de fundamento la alegación de que la citada prohibición menoscabe el aducido derecho garantizado por el art. 20.1 d) CE. Lo expuesto aboca a otorgar parcialmente el amparo solicitado por vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE] y anular en lo necesario las resoluciones impugnadas”. La STC 231/1988 manifiesta que si bien la plaza de toros es un lugar público, la enfermería no es de acceso general, por mucho que lo que ocurra dentro tenga un alto interés noticioso.

⁷²⁶ De acuerdo a lo ya dicho al desarrollar el derecho a la información, puede decirse que los medios de comunicación tienen un derecho reforzado y prevalente frente a otras personas respecto a la presencia en las audiencias públicas judiciales, pues ellos facilitan el conocimiento de los hechos por parte de la comunidad, que requiere y necesita dicha información.

⁷²⁷ María PERAL PARRADO, “*Configuración General del Derecho a la Libertad de Comunicar y Recibir Información*”, Justicia y Medios de Comunicación: Cuadernos de Derecho Judicial, No XVI, Madrid (2007), pp. 220-226. La autora señala que los jueces no tienen conciencia de la

medidas restrictivas del acceso a determinados medios, que han resultado altamente polémicas⁷²⁸.

Las más graves han afectado a los medios audiovisuales, de los que se ha dicho que podrían alterar el comportamiento de los asistentes, dañando la imparcialidad del tribunal y el buen desarrollo del proceso. Al respecto, ROXIN señala que “cuando los jueces son obligados a verse como presentadores de televisión, pueden caer fácilmente -por lo menos inconscientemente- en la tentación de adecuar su actuación y decisión a las expectativas del público y si intentan evitarlo pueden verse refrenados y perturbados en el ejercicio de sus funciones”⁷²⁹.

A nuestro entender, este argumento tiene un aspecto real, y que variará de acuerdo a las circunstancias del caso y de cada una de las personas involucradas.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido la especial capacidad de las imágenes audiovisuales para generar reacciones emocionales en la audiencia y afectar más intensamente los derechos en juego podría justificar una mayor restricción de las mismas⁷³⁰.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que ello no afectaría la libertad de los informantes de elegir la forma de comunicación, pues ella, como todo derecho y como toda acción amparada por un derecho, puede ser objeto de un juicio de ponderación circunstanciado⁷³¹, por lo que no parece suficiente razón para restringir en forma general el acceso de este tipo de medios a las salas de

importancia que en una sociedad democrática tiene el conocimiento de los asuntos analizados en tribunales, y que ello es causa de que estén quedando vacías de contenidos los criterios señalados por el TCE.

⁷²⁸ El TS de Florida fue el primero en autorizar la filmación de una audiencia en 1976, pero sometiéndolo a una serie de limitaciones (una sola cámara y fija, etc.).

⁷²⁹ Claus ROXIN, ob. cit, nota 44, p. 92.

En el mismo sentido de crítica a la transmisión televisiva, Joan VERGER GRAU, “*Los Juicios Paralelos y la Presunción de Inocencia con Especial Referencia al Jurado*”, en *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (ed.), Ediciones Universidad de Sevilla (1996), p. 214-216.

⁷³⁰ STC 12/2012, FJ 6: “La finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita (en este sentido, la STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild v. Dinamarca*, párrafo31). No hay duda de que ello hace necesario reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, *Von Hannover v. Alemania*, párrafo 70).

⁷³¹ STC 12/2012, FJ 6: “En cuanto a las técnicas periodísticas que puedan utilizarse para la presentación de una información...el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión informativa, que debe ser acorde a las exigencias de objetividad y neutralidad (STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild v. Dinamarca*, párrafo34). Pero asimismo dicho Tribunal ha subrayado que en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exenta de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que vulneren las exigencias de la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo (SSTEDH de 18 de enero de 2011, *MGN Limited v. Reino Unido*, párrafo141; y de 10 de mayo de 2011, *Mosley v. Reino Unido*, párrafo113)”.

audiencia, considerando, sobretodo, su crucial importancia a la hora de permitir el acceso masivo al conocimiento de estos eventos.

Por lo demás, la propia circunstancia del juicio público ya provocará una situación de inquietud y nerviosismo en los participantes, no siendo posible garantizar a los intervinientes un clima aséptico y neutral.

Esta situación debe relacionarse con la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, abordada por la Instrucción del Ministerio Fiscal 1/2002 de 7 de febrero, elaborada luego de haber tomado conocimiento de que en algunos tribunales superiores de justicia se habían celebrado juicios orales a través de videoconferencia, lo que podía suscitar algunos problemas de legalidad y constitucionalidad⁷³². Por ello, concluye señalando que si el Ministerio Fiscal resultaba citado a un juicio virtual, debía oponerse motivadamente, considerando la falta de ley específico que lo autorizara y su condición de “garante del debido respeto de los derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución”⁷³³.

Finalmente, no deben olvidarse los aspectos positivos de una mayor publicidad en cuanto al control de la corrección de los actos y de respeto a las normas, que son, precisamente, las razones que han sido tenidas en consideración para establecer la publicidad de los procesos y permitir a los medios periodísticos el ingreso a ellos⁷³⁴.

a.- Criterios y facultades utilizadas para regular esta situación.

En ausencia de una normativa general que de tratamiento cabal y unitario a la problemática de la presencia de los medios de comunicación en los procesos judiciales, deberemos regirnos por algunas normas aisladas, las que, al menos desde el año 2006, podrán ser enriquecidas por los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional al respecto⁷³⁵.

Una de las normas específicas más relevantes sobre esta materia, está contenida en el artículo 190.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, que otorga al Juez, o al

⁷³² Si bien el artículo 230.1 de la LOPJ, señalaba desde el año 1994 que los juzgados y tribunales podían utilizar “cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que la utilización de los medios establece la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación.”, el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), se vería afectado por esta práctica. Sin embargo, abre la puerta a una futura utilización, previa existencia “de una norma legal que otorgue la necesaria cobertura al sistema y que te vea las garantías mínimas exigibles”. Instrucción del Ministerio Fiscal 1/2002 de 7 de febrero.

⁷³³ Artículo 3.3 EOMF.

⁷³⁴ Argumentos a favor y en contra pueden revisarse en Vicente J. NAVARRO MARCHANTE, *“El Derecho a la Información Audiovisual de los Juicios”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2011), p. 115 y ss.

⁷³⁵ Cabe señalar que en el I Encuentro Jueces Periodistas, la mitad de los jueces presentes opinó negativamente en relación a la pregunta 16, relativa a la conveniencia de la presencia de las cámaras de televisión en los juicios penales. Por el contrario, todos los periodistas consideraron que ello era favorable. Lo mismo pudo observarse en la pregunta 17, que preguntaba sobre si debía o no permitirse la retransmisión íntegra y en directo de las audiencias judiciales. En relación a la regulación de la tomas de imágenes, sin embargo, la mayoría de los jueces consideró que debían establecerse cautelas, con el objeto de evitar un uso tendencioso de las mismas (pregunta 18).

Presidente del Tribunal en su caso, la facultad de tomar medidas para mantener el orden en la sala⁷³⁶.

Con esta base, y buscando cubrir los vacíos legales existentes, se han dictado una serie de normativas restrictivas de la libertad de información y del acceso a los medios a las salas de audiencia⁷³⁷, que por su carácter general y por el carácter restrictivo de sus disposiciones, han sido motivo de numerosas polémicas y cuestionamientos.

El más relevante de estos Acuerdos fue dictado el 12 de Septiembre, sustituido luego de pocos días por otro (25 de septiembre), que a su vez fue nuevamente reemplazado por tercera vez el 5 de octubre. Este Acuerdo recalcó, entre otros aspectos, la necesidad de proteger los derechos de las partes y la dignidad del acto

⁷³⁶ STC 56/2004, FJ 5: “Con carácter general el art. 232.2 LOPJ establece que los Jueces y Tribunales pueden limitar el ámbito de la publicidad excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades mediante resolución motivada, y preceptos equivalentes se encuentran en las leyes reguladoras de los procesos. Por lo que se refiere al proceso penal, el art. 680 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) dispone que las sesiones del juicio oral podrán tener lugar "a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia", de suerte que el Presidente del órgano judicial, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, "consignando el acuerdo en Auto motivado". Para el proceso civil la más moderna Ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 2000, adaptando al marco constitucional la regulación correspondiente de la LEC de 1881 y utilizando terminología claramente procedente de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, dispone en su art. 138 que las actuaciones judiciales por él reguladas podrán "celebrarse a puerta cerrada cuando sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en que el Tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia", regulación esta de aplicación supletoria a todos los procesos (art. 4 LEC). Y en esta línea, hemos de señalar que en aplicación del art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, cuyo texto ha dejado clara huella en la redacción del citado art. 138 LEC de 2000, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca los límites al derecho a la publicidad de las audiencias y la consiguiente posibilidad de excluir el acceso a la prensa y al público durante la totalidad o parte del juicio, cuando lo exijan los intereses de los menores o la vida privada de las partes, la seguridad o la privacidad de los testigos o los intereses de la justicia, entre otros bienes merecedores de protección”.

El ATC 195/1991 FJ 6, 1) señala a su vez que: “La conducta de los manifestantes en la vista es en sí misma susceptible de afectar a las condiciones de celebración del juicio y, por ende, a la imparcialidad del Tribunal y al ejercicio sin perturbaciones del derecho de defensa, en los términos expuestos por la STC 96/1987. Pero no parece ser objeto de reproche más que en cuanto fue luego recogida en los medios de comunicación. La perturbación de las sesiones estaba sometida a las facultades de policía de estrados del Presidente, ex art. 684 L.E.Crim., cuyo ejercicio efectivo debe en principio bastar para preservar los derechos de la defensa y la imparcialidad del Tribunal, sin que nada se afirme en la demanda que haga dudar de lo contrario, ni haya constancia de protesta oportuna y fehaciente alguna”.

⁷³⁷ Ejemplos de ello son las resoluciones de la Audiencia Nacional en el denominado *Juicio de Colza* (1987), las reglas dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 1 de junio de 1996, y las reglas dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid, el 3 de noviembre de 1997. Esta última, recogiendo lo señalado por el TS de Andalucía, prohibió la toma de imágenes dentro de sus dependencias, estableció un derecho preferente de acceso a los medios de comunicación y autorizó a los tribunales a ampliar, restringir o condicionar la publicidad de los juicios, permitiendo incluso el acceso de los medios audiovisuales de información.

jurisdiccional⁷³⁸, así como la necesidad de desarrollar los juicios en un ambiente tranquilo y sin presiones⁷³⁹, criticando duramente la creciente farandulización de la justicia en los medios de comunicación.

Para lograr estos objetivos, se limitó la presencia de medios de comunicación audiovisual en las salas de audiencia, estableciéndola como excepcional (no como la regla general sometida a excepciones específicas⁷⁴⁰), y se exigió la acreditación de la prensa.

Ante estas medidas, la Asociación de Prensa de Madrid, por un lado, y la Federación de Asociaciones de Prensa, por otro, interpusieron recursos administrativos ante el pleno del Consejo General del Poder Judicial, los que fueron, en lo principal, desestimados⁷⁴¹. La Tercera Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 9 de julio de 1999, desestimó, mediante una sola sentencia

⁷³⁸ Dicho acuerdo disponía entre otras cosas, que:

1.- Los profesionales de los medios de comunicación social podrán acceder a los actos jurisdiccionales o gubernativos que se celebren en régimen de audiencia pública con sujeción a las normas generales de seguridad. Cuando en un acto de la naturaleza de los expresados la capacidad de la sala o local no fuere bastante para permitir el acceso de quienes pretendan asistir a ellos, los profesionales de la información tendrán derecho preferente;

2.- La información que pueda derivarse de los actos a que se refiere el párrafo anterior y, en general, de los asuntos de la competencia del Tribunal, se efectuará por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y en la correspondiente Sala de Prensa;

3.- No se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y otros gubernativos solemnes.

⁷³⁹ Resolución parcialmente denegatoria de la solicitud administrativa presentada el 7 de febrero de 1996.

⁷⁴⁰ El citado acuerdo señalaba que “el acceso de los medios de comunicación a las sedes de los órganos judiciales se somete a las siguientes reglas: No se permitirá la introducción y utilización de cámaras de televisión, de vídeo, fotográficas o cualquier otro instrumento de reproducción o transmisión de la voz o la imagen, en las sedes judiciales, con las siguientes excepciones:

a) Previa autorización expresa, se podrá permitir el acceso de tales medios técnicos para actos gubernativos solemnes y, en el ámbito de la sede del Tribunal Superior de Justicia, para ejercicio por la Oficina de Prensa de la Presidencia de dicho Tribunal de sus funciones. Deberá acreditarse en esos casos la existencia de dicha autorización expresa.

b) En el caso de que el Ministerio Fiscal esté ubicado en las sedes judiciales, se estará a las instrucciones dadas por éste respecto a sus dependencias en orden al desarrollo de su tarea de informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan en el ámbito de su competencia. De exigirse en esas instrucciones autorización expresa, se deberá igualmente acreditar ésta.

Para el ordenado desarrollo de su función, los profesionales de la información acreditarán su condición de tales ante los servicios de seguridad de las distintas sedes judiciales, que, en tal caso, les entregarán credencial acreditativa de su profesión. Por la sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia se aprobará el modelo de tal credencial.

Cuando la de las dependencias judiciales no permita la presencia de todos los que lo deseen, los profesionales de la información tendrán preferencia para acceso a las mismas. En el ejercicio de su policía de estrados, los jueces y tribunales podrán ampliar, restringir o condicionar la publicidad de los juicios, permitiendo incluso el acceso de medios audiovisuales de información, debiendo en tal caso comunicarlo a la Sala de Gobierno para su conocimiento, y a la autoridad encargada de velar por la observancia de estas reglas a fin de que adopte las medidas oportunas para garantizar su debido cumplimiento”.

⁷⁴¹ Esta resolución, de fecha 7 de febrero de 1996, aceptó, sin embargo, dar flexibilidad a cada juez para ampliar, restringir o condicionar las restricciones establecidas, previa consideración del parecer de las partes, vinculándola a la norma sobre policía de estrados (frente a la cual el Acuerdo sólo establecía un criterio general y no definitivo).

ambas reclamaciones, ante lo cual los afectados recurrieron de amparo ante el Tribunal Constitucional.

b.- Posición del Tribunal Constitucional frente a los acuerdos que limitaban la presencia de medios de comunicación audiovisual en las audiencias de juicio.

Las STC 56 y 57 de 2004, resolvieron los amparos presentados contra los Acuerdos adoptados por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, acerca de los accesos de los medios de comunicación al Palacio del Tribunal⁷⁴², señalando, respecto de su materia principal, que establecer un régimen de prohibición general de acceso a los medios de comunicación audiovisual, con reserva de autorización, era contrario a la Constitución Española, pues ésta establece el principio contrario, es decir, el de habilitación general a las salas de Audiencia con reserva de prohibición, siempre que ello se encuentre, además, autorizado legalmente y obedezca a un juicio de ponderación correctamente realizado y adecuadamente justificado⁷⁴³.

Asimismo, ambas sentencias, reiteran lo sostenido por la STC 30/1982 en cuanto al rol de la prensa a la materialización efectiva del principio de publicidad, así como del vínculo entre el principio de publicidad y el derecho de información, señalando en forma expresa que “forma parte del contenido del derecho a la

⁷⁴² La primera de ellas fue presentada por un grupo de periodistas, y la segunda, por la Federación de Asociaciones de la Prensa Español. En un sentido similar se pronunciará luego, en la STC 159/2005, referida a la negación por parte de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional. En su FJ 2 señala que “(...) es del todo evidente que resulta aplicable al caso nuestra reciente doctrina sobre la materia vertida en las STC 56/2004 y 57/2004, ambas de 19 de abril”. Las sentencias se referían al acto de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo modificó, por Acuerdo de 25 de septiembre de 1995, las “Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo”, que habían sido aprobadas por Acuerdo anterior de dicho órgano de 12 de septiembre de 1995, y dio una nueva redacción a la norma sexta relativa al “acceso al Palacio de los medios de comunicación social”.

⁷⁴³ STC 56/2004, en su FJ 7 dispone que: “ha de entenderse que este régimen de prohibición general con reserva de autorización es incompatible con la normativa reguladora del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información actualmente vigente, que establece, conforme a lo que ya se ha expuesto, precisamente, una habilitación general con reserva de prohibición. A la ley está reservada la regulación de las excepciones a la publicidad del proceso (SSTC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2; y 65/1992, de 29 de abril, FJ 2), que son, al mismo tiempo, para las actuaciones que se pueden celebrar en régimen de audiencia pública, límites de la libertad de información (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6). Mientras el legislador, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación, no limite, con carácter general, esta forma de ejercicio de la libertad de información, su prohibición o limitación en cada caso forman parte de la competencia que la Ley Orgánica del Poder Judicial y las distintas leyes procesales atribuyen a los Jueces y Tribunales para decidir sobre la limitación o exclusión de la publicidad de los juicios, competencia ésta que ha de ser también ejercida conforme al principio de proporcionalidad”, concluyendo que “[n]o es compatible, pues, con la actual legislación reguladora del ejercicio de la libertad de información (art. 20.4 CE) el establecimiento de una prohibición general con reserva de autorización en cada caso del acceso de medios de captación y difusión de imágenes a las audiencias públicas, porque la utilización de tales medios forma parte del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de información que no ha sido limitado con carácter general por el legislador. La eventual limitación o prohibición de tal utilización, inicialmente permitida, ha de realizarse de forma expresa en cada caso por el órgano judicial conforme a las exigencias a las que acaba de hacerse referencia”.

libertad de información que no se impida el acceso a la mencionada fuente (de información de la noticia)”⁷⁴⁴.

El Tribunal Constitucional señaló que cualquier limitación de acceso deberá proceder de un juicio de ponderación, con todos los requisitos que lo caracterizan (ponderación, necesidad, legitimidad de los propósitos, mínima afectación, fundamentación, etc). Además, se recordó que estas limitaciones debían emanar de una norma de rango legal⁷⁴⁵.

Las sentencias también rechazaron la posibilidad de establecer, ex ante, diferencias entre diferentes formatos informativos (escritos, audiovisuales, etc.), destacando, adicionalmente, que “la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre”, aunque ello, a su vez, pueda dar pie a regulaciones específicas para estos medios, posiblemente más intensas, establecidas con el propósito de proteger otros bienes jurídicos⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ STC 56/2004, FJ3.

⁷⁴⁵ Según algunos autores, ello no obsta que siempre deba existir una norma o una resolución del Tribunal, ya que no existe un derecho de acceso libre e indiscriminado. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 81.

La STC 56/2004, FJ 5: “Ya el art. 120.1 CE ha señalado para la publicidad "las excepciones que prevean las leyes de procedimiento" y, por consecuencia, el legislador, en la función que le corresponde de regular el ejercicio de los derechos fundamentales conforme a una adecuada ponderación entre ellos y otros bienes constitucionalmente protegidos relativos a intereses de la colectividad (art. 53.1 CE y, por lo que en concreto se refiere a la libertad de información, art. 20.4 CE), ha previsto los supuestos en que la publicidad de las actuaciones judiciales pueda ser limitada o excepcionada por los Jueces y Tribunales (STC 96/1987, de 10 de junio, FJ 2) cuando deba considerarse, conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación, que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional deben tener prevalencia y, en consecuencia, debe retroceder la libertad de información”.

En el mismo sentido ver STC 96/1987, FJ 2; STC 65/1992, FJ 2; y ATC 195/1991, FJ 6.

⁷⁴⁶ STC 56/2004 FJ 4: “Las audiencias públicas judiciales son, pues, una fuente pública de información y, por eso, conforme acaba de exponerse, ha declarado este Tribunal, con respecto a los profesionales de la prensa escrita, que forma parte del contenido de su derecho a comunicar información, la obtención de la noticia en la vista pública en que ésta se produce. La cuestión central es (...) si cabe extender estas afirmaciones a los datos que se obtienen y se difunden por medios técnicos de captación óptica y difusión visual. Pues bien, en principio, nada distinto de lo declarado para los periodistas que cumplen su función mediante el escrito hay que decir para las informaciones que se valen de otros medios técnicos para obtener y transmitir la noticia, como los de grabación óptica, a través de cámaras fotográficas o de radiodifusión visual. El art. 20.1 d) CE garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz "por cualquier medio de difusión", sin distinción entre las diferentes modalidades de éstos en lo que se refiere al contenido constitucionalmente garantizado del derecho. Por eso debe afirmarse que forma parte de dicho contenido tanto la utilización de esos cauces técnicos para la obtención y difusión de la noticia en la fuente informativa de acceso general (y las audiencias públicas judiciales lo son), como la instalación, instrumentalmente necesaria, de los aparatos técnicos precisos allí donde la noticia se produce. En esta línea, ha de destacarse que la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre. Es evidente, no obstante, que la utilización de esos medios de captación y difusión visuales puede afectar de forma mucho más intensa que el reportaje escrito a otros derechos fundamentales de terceros y a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos relativos a intereses colectivos, con los que el derecho a la libertad de información puede entrar en conflicto, que deberá resolverse conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación. En primera línea se sitúa, en este contexto, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) de quienes, de una u otra forma, intervienen en los procesos, que, sin duda, no tienen por qué ser personajes de relevancia pública. También los derechos al honor y a la intimidad

Desde un punto de vista “procesal constitucional”, es interesante destacar que estos amparos se concedieron directamente contra normas, aceptando que ellas podrían provocar un daño directo a determinados derechos fundamentales, lo que en cierta forma se aproxima, también excepcionalmente, a la aceptación de la lógica del balance en abstracto y no realizado en cada caso concreto⁷⁴⁷.

Finalmente, cabe señalar la existencia de un voto disidente, emitido por el magistrado don JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA, quien manifestándose de acuerdo con la importancia de la difusión por parte de los medios de lo obrado en los procesos, distinguió entre publicidad mediata e inmediata, señalando que ambas deben ser tratadas en forma diferente, señalando que el mecanismo

personal y familiar (garantizados por el mismo art. 18.1 CE) pueden verse comprometidos por la toma y difusión de imágenes de quienes actúan en audiencias públicas judiciales de forma más grave que por la información que se produce a través del reportaje escrito o la grabación sonora. E, incluso, en determinadas circunstancias extremas, como destaca el Abogado el Estado, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE). Y, por otra parte, no está excluido que la captación de imágenes en el proceso pueda producir una viva impresión en los que intervienen en el mismo. La instalación y utilización de cámaras de captación de imágenes puede, sin duda, suscitar efectos intimidatorios, por ejemplo, sobre los procesados en un juicio penal, sus defensores y los testigos, lo que podría ser suficiente para excluir la presencia de aquéllas (STC 65/1992, de 29 de abril, FJ 2). Por otra parte, en algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado "juicios paralelos", frente a los que "la Constitución brinda un cierto grado de protección... en la medida en que pueden interferir el curso del proceso" (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6). Y la simple instalación de los normalmente complejos medios técnicos necesarios para captar y difundir estos mensajes podría, por sus exigencias de tiempo y espacio, en determinados supuestos, perjudicar el ordenado desarrollo del proceso indispensable para la correcta administración de justicia. Si, como este Tribunal ya ha declarado, los derechos del art. 24 CE pueden constituir límites al ejercicio de la libertad de información (ATC 195/1991, de 26 de junio, FJ 6), es razonable afirmar que esos límites a los derechos del art. 20.1 d) CE podrán llegar tanto más lejos cuanto mayor sea el grado del perjuicio que éstos puedan suponer a los derechos de defensa; y que ese grado de perjuicio, sin duda, se intensifica en el caso de la captación y difusión de información visual. Hay que reiterar, no obstante, que la circunstancia de que, en virtud de los peligros ciertos mencionados, las limitaciones del acceso a las audiencias públicas judiciales de medios de captación óptica puedan alcanzar más intensidad que las aplicables al reportaje escrito no significa que el acceso a la noticia, también con aquellos medios, y su elaboración y difusión esté ya excluido del contenido del derecho constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 d) CE”.

En el mismo sentido se pronuncia la STC 57/2004, FJ 4.

⁷⁴⁷ STC 56/2004, FJ 2: “(...) partiendo de la base de que, subjetivamente, el Consejo General del Poder Judicial queda incluido en los órganos públicos a que se refiere el art. 43.1 LOTC -SSTC 29/1987, de 6 de junio, FJ 1, y 174/1996, de 11 de noviembre, FJ 1- y de que, objetivamente, las "disposiciones" son susceptibles del recurso de amparo en él previsto, según su tenor literal, es lo cierto que en el caso que se examina se recurre directamente la norma y no un concreto acto de aplicación de la misma. Y en esta línea, hemos de recordar que "como se declaró en la STC 192/1991, confirmando pronunciamientos anteriores (SSTC 40/1982 y 131/1985, entre otras), 'aunque por medio del recurso de amparo no pueden ejercitarse pretensiones impugnatorias directas frente a disposiciones generales', no es menos cierto que la lesión de un derecho fundamental 'pueda tener su origen directo e inmediato en las normas, de manera que es posible admitir que en determinados casos la mera existencia de un precepto reglamentario que sea de aplicación directa pueda violar un derecho fundamental... lo que, en definitiva, posibilita y obliga al enjuiciamiento de la norma en cuestión desde la señalada perspectiva constitucional' (FJ 2)" (STC 121/1997, de 1 de julio, FJ 5). Sobre esa base, la cuestión que se plantea es la de determinar si estamos ante un precepto que al ser de aplicación directa podría vulnerar un derecho fundamental”.

ofrecido por el Acuerdo cuestionado ofrecía un criterio razonable y armonizador entre la protección de la publicidad y los derechos involucrados⁷⁴⁸.

⁷⁴⁸ El voto particular del Magistrado don Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ en la STC 57/2004 señala que: “1.- Los acuerdos y la Sentencia que anula el fallo mayoritario habían dado una respuesta equilibrada a la cuestión planteada, que me parece muy progresiva así como respetuosa del derecho fundamental de la Federación recurrente en amparo”. “3.- Sin embargo, una afirmación radical de la libertad de información puede convertir a la prensa misma en un riesgo para las garantías de un proceso justo. 4. (...) la "apertura a todos" de las Salas de justicia es algo diferente de la apertura de las mismas a cualesquiera medios de comunicación y a la instalación en dichas Salas de los equipos técnicos necesarios para televisar o transmitir la imagen. 5.- Comparto plenamente la conclusión a la que llega la Sentencia mayoritaria (FJ 7) respecto de la imposibilidad constitucional de establecer una prohibición con reserva de autorización para el acceso de los profesionales de los medios de comunicación, para lo que se refiera estrictamente a esta publicidad judicial inmediata”.6.- Distinta es la reflexión que me merece la "publicidad judicial mediata", entendiendo por ella la que permite la apertura de las Salas de justicia, en el estado actual de la tecnología, a la prensa gráfica, radiofónica o a los aparatos de video y televisión. A diferencia de la participación pasiva, propia de la publicidad judicial inmediata, dicha publicidad, incide en forma activa en el desenvolvimiento del proceso judicial, modificando su desarrollo y puede afectar negativamente a su finalidad esencial, que es, como dije, el hallazgo de la verdad procesal y el Derecho aplicable por un órgano imparcial que pondera y examina las pretensiones de partes enfrentadas, que ponen en juego sus derechos en el desarrollo del proceso. La respuesta de la sentencia mayoritaria traza la línea de separación entre la libertad de información por medios gráficos, radio y televisión en contraposición con las garantías de un proceso justo y limpio (fair process) contemplando en forma determinante la libertad de información. No es esa la respuesta unánime en el Derecho comparado, desde el *contempt of court*, británico o australiano, a la experiencia norteamericana donde, con máxima libertad, no son de olvidar las restricciones deontológicas y legales frente a las declaraciones extrajudiciales de los Abogados, para poner coto a los denominados juicios paralelos o que el Tribunal Supremo afirmó en 1965 (caso *Estes v. Texas*) que la cláusula del due process of law, de la XIV Enmienda de la Constitución, prohibía retransmitir por televisión un caso criminal sensacionalista. La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1999, que se anula en la sentencia mayoritaria, menciona (FJ 7) la negación de entrada de medios audiovisuales que se contiene en el segundo párrafo del artículo 169 de la Ley del poder judicial alemana (Gerichtsverfassungsgesetz). Debe destacarse que dicha prohibición ha sido declarada conforme a la Constitución en la Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional alemán de 24 de enero de 2001, en la que se pone de relieve, sobre el problema que nos ocupa, que las personas cambian su forma de comportarse en presencia de medios de comunicación social y que las garantías de la limpieza del proceso, sobre todo en el ámbito penal, están en peligro para acusados y testigos cuando se ven contemplados por medios de comunicación. No debe dejar de añadirse, a esa doctrina, el riesgo de que el propio órgano judicial no acierte a sustraerse al clima de la opinión pública y se incline, aunque sea inconscientemente, por las expectativas más generalizadas en perjuicio de una solución justa. La misma solución negativa rige en Austria, conforme al parágrafo 22 de la Ley de medios. 7.- La respuesta de los Acuerdos anulados resulta en realidad más favorable al derecho fundamental a comunicar información veraz por cualquier medio, en cuanto garantiza el acceso de medios audiovisuales tras la ponderación que, caso por caso, hagan cada una de las Salas del Tribunal Supremo, de las garantías del proceso y de los derechos fundamentales afectados, según el modelo que rige por ejemplo, en Canadá. No trata la Sentencia mayoritaria la posibilidad de considerar el régimen de grabación y reproducción de la imagen y el sonido que prevé el nuevo artículo 147 LEC para atraer, con plenas garantías de no interferencia activa en el proceso, la obtención de sonido e imágenes dentro de un régimen de publicidad judicial inmediata, al menos en ese orden de jurisdicción. Esa solución, que rige en algunos Estados de Estados Unidos y permite la existencia de canales como la Court TV, podría ofrecer soluciones de interés en varios órdenes de jurisdicción, dada la aplicabilidad supletoria de la Ley de enjuiciamiento civil. Creo, en conclusión, que no se han vulnerado en este caso los derechos fundamentales de la Federación recurrente, dado que el Acuerdo anulado no hace sino formar cuerpo con la resolución de la Sala jurisdiccional que, en cada caso, ha de permitir o denegar el acceso de los medios

c.- Efectos de las STC 56 y STC 57/2004.

Pese a la claridad de los criterios señalados por el Tribunal Constitucional frente a esta materia, y a la expresa mención de la necesidad de una regulación de carácter legal, aún no existe una norma que aborde este asunto en forma orgánica⁷⁴⁹.

Por ello, al final del día, la toma de decisión sobre estas materias sigue entregado al criterio de cada juez, orientado por las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional en las STC 56 y 57/2004⁷⁵⁰.

Bajo esta doctrina, y en ausencia de una normativa específica, la situación española es una de las más permisivas respecto de los medios audiovisuales en salas de audiencia, al menos dentro del contexto europeo⁷⁵¹. De hecho, la Recomendación 13 (2003) del Consejo de Ministros del Consejo de Europa establece un parámetro más restrictivo que el señalado por el Tribunal Constitucional⁷⁵².

En Francia desde el año 1954 se encuentra en vigencia una ley que reformó el art 308 Código de Procedimiento Criminal y que prohibió el acceso a los medios de comunicación a los juicios, sin perjuicio de la posibilidad de que el Presidente del

audiovisuales a las Salas. No comparto la afirmación mayoritaria (FJ 2) de que el Acuerdo impugnado, pese a que se autodenomine "Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo" ostente la naturaleza de las normas jurídicas ni que, por ello, le sea aplicable su régimen. Es perfectamente posible, según nuestra doctrina, impugnar directamente en amparo normas reglamentarias, con independencia de sus actos de aplicación (SSTC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 2, 123/1987 de 15 de julio, FJ 1, 189/1987 de 24 de noviembre, FJ 3, entre otras). No creo que el artículo 152 LOPJ haya ubicado a las Salas de Gobierno de los Tribunales en el elenco de fuentes del Derecho. Por ello tampoco comparto la invocación de la reserva de ley, e incluso la llamada al mismo legislador – que debería intervenir seguramente mediante ley orgánica – que se contiene en el FJ 7. El artículo 232.2 LOPJ confiere adecuada cobertura al Acuerdo de la Sala de Gobierno, que, como he indicado antes, y aun no siendo el Tribunal Supremo un órgano constitucional, ostenta poderes de policía de estrados similar a la que ostentan los órganos constitucionales sobre su propia sede”.

⁷⁴⁹ Según ORENES RUIZ, esa debiera ser la manera adecuada de enfrentar el asunto, porque además de haber un texto expreso que exige que este tipo de medidas sea adoptado por una norma de rango legal, es de sentido común que la magnitud de los derechos afectados debieran obtener su legitimación por medio del debate y aprobación parlamentaria. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, , p. 86.

⁷⁵⁰ En forma adicional, LOPEZ ORTEGA analiza los factores que pueden ser tenidos en consideración a la hora de restringir o ampliar el acceso a los medios de comunicación, especialmente audiovisuales.

⁷⁵¹ Pilar OTERO GONZÁLEZ, “Medios de Tutela ante los Juicios Paralelos Durante la Fase del Juicio Oral (a propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio -caso de la mesa nacional del HB-), Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 53 (2000), p. 312: “ante la ausencia de regulación específica, se ha generalizado una opinión favorable a la presencia de medios audiovisuales en las audiencias penales, que encuentra apoyo en la ausencia de obstáculo legal”. LÓPEZ ORTEGA llama la atención del uso del material de las audiencias más para el entretenimiento que para la información. Juan LÓPEZ ORTEGA en “Información y Justicia”, Justicia y Medios de Comunicación, Cuadernos de Derecho Judicial, No XVI, CGPJ (2007), p. 121.

Perfecto ANDRES IBÁÑEZ, “Nuevas Dimensiones de lo Judicial: Legalidad, Jurisdicción y Democracia, Hoy”, Estudios de Derecho Judicial, No 6 (1997), p. 9-38, critica la actitud de muchos jueces ante la publicidad televisiva, criticando la influencia nociva que ellos tienen en el desarrollo del juicio.

⁷⁵² Cabe agregar que los parámetros señalados por esta Recomendación son en buena medida similares a los anulados por el TCE.

Tribunal puede ordenar la grabación de la audiencia en un registro sonoro (que será precintado y depositado en la secretaría de la corte). Asimismo, señala que en Italia la nueva ley de enjuiciamiento criminal otorga al juez la capacidad amplia de ponderar entre los bienes jurídicos en juego, autorizando, total o parcialmente, el registro por diversos medios (audiovisual, sonoro, fotográfico, etc.) y su posterior publicidad o difusión, incluso sin autorización de las partes⁷⁵³.

En todo caso, la regla general sería la prohibición de la transmisión de imágenes de los participantes en el juicio, sin su expreso consentimiento o sin autorización legal para ello.

Por otra parte, en Alemania no está autorizada la presencia de medios audiovisuales en los juicios, norma que ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional alemán⁷⁵⁴. ROXIN valida lo anterior señalando que “el poner en evidencia de tal manera al acusado tiene efectos tan destructivos que difícilmente pudieran ser justificados por el interés informativo de la opinión pública. Aun en el supuesto en el que el acusado fuese absuelto, la sospecha última que permanece y la circunstancia de que millones de personas le puedan considerar culpable, puede tener como consecuencia que dicha persona tenga que vivir el resto de su vida como un proscrito”. Y señala que incluso cuando ello suceda en pocas oportunidades, es razón suficiente para tratar el tema y cuestionar dichas comunicaciones⁷⁵⁵. Por tanto, esta restricción tendrá por objeto evitar que el juicio oral implique la generación de emociones, que forzosamente se producirían, al menos en el caso de la transmisión de procesos espectaculares, “como si se tratara de un campeonato de fútbol o de la copa Davis”⁷⁵⁶.

El impacto de los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en la práctica cotidiana presente, sin embargo, importantes matices. Por un lado, podemos ver una serie de normativas que recogen sus criterios, sin presentarse casos de retrocesos hacia los criterios anteriores. Prueba de ello son el Reglamento 1/2005, aprobado por el pleno del CGPJ el 15 de septiembre de 2005⁷⁵⁷ y el Protocolo de Comunicación del Poder Judicial⁷⁵⁸. Pero por otro lado, en la práctica diaria de cada tribunal, aún es frecuente ver diversidad de prácticas y criterios.

GÓMEZ BERMÚDEZ y BENI UZÁBAL, señalan que muchas veces los Tribunales emiten su resolución por medio de un auto, impidiendo a los periodistas afectados recurrir en su contra, por no ser partes legitimadas para hacerlo. Además, la resolución es normalmente emitida poco antes de la vista de la causa, por lo que cualquiera que fuera el resultado del reclamo sería inútil. A

⁷⁵³ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 72.

⁷⁵⁴ STC Alemán de 24 de enero de 2001, analizando el art. 169 de la Ley del Poder Judicial.

⁷⁵⁵ En EE.UU. existen canales por cable especializados en la transmisión de juicios. Durante los años 90 existió en España un canal temático denominado “Tribunal TV”, el primer y único canal europeo dedicado a la cobertura de juicios y a la información relacionada con el crimen y el delito.

⁷⁵⁶ Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 90.

⁷⁵⁷ Esta hubiese sido una buena para reglamentar una serie de situaciones frente a las cuales no existe norma o criterio alguno.

⁷⁵⁸ Protocolo de fecha 30 de junio de 2004. Asimismo, la instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado señala los criterios que deben considerar los miembros del ministerio fiscal al ser consultados sobre la publicidad de la audiencia.

mayor abundamiento, es frecuente encontrar resoluciones inmotivadas o fundadas solo en la molestia o negativa del acusado o de cualquier funcionario⁷⁵⁹.

Estas prácticas, sumadas a los criterios planteados por la jurisprudencia comparada y por la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁷⁶⁰, no permiten augurar muy larga vida a los criterios ofrecidos por el Tribunal Constitucional.

Ante la falta de una normativa unitaria, es posible que a las disposiciones reglamentarias fragmentarias y atomizadas que conocemos⁷⁶¹ se sumen otras diferentes, coincidentes y divergentes en diversos puntos. Adicionalmente, es posible que los tribunales, y los propios medios, acuerden medidas que permitan reducir la tensión existente en estas materias y disminuyan así la presión por una reglamentación general, cuyo resultado final podría ser incierto.

Algunas de las medidas sugeridas para abordar este problema son de orden práctico, y pueden dar lugar a buenas prácticas que consideren los intereses y posibilidades de todos los involucrados. Por ejemplo, la toma de imágenes antes y después de la audiencia, o en sus intermedios, puede ser suficiente para los objetivos de dar cobertura visual a la noticia sin afectar el normal desarrollo del proceso⁷⁶².

Otras medidas propuestas son el establecimiento de sistemas de turnos entre los medios (con obligación de compartir lo obtenido), la utilización de distorsionadores de imagen o de voz para evitar la identificación de quienes participan en el proceso, la grabación de los juicios por el propio Tribunal (y el ofrecimiento público de los mismos utilizando para ello la tecnología actualmente existente), o la existencia de una señal institucional, entre otras⁷⁶³.

⁷⁵⁹ Javier GÓMEZ BERMÚDEZ, y Elisa BENI UZÁBAL, ob. cit, nota 337, p. 267 (citado por Juan Carlos ORENES RUIZ (2008) ob. cit, nota 28, p. 85-86).

⁷⁶⁰ Recomendación 13(2003), Principio 14, limita la presencia de medios audiovisuales.

⁷⁶¹ Algunas otras iniciativas en estas materias son las Normas de acceso al Palacio sede del TS de 25 de septiembre de 1995 y STS de 9 de julio de 1999, el Auto de la sala penal de la Audiencia provincial de Madrid de 10 de septiembre de 2001 (que autorizaba la presencia de cámaras), el Reglamento CGPJ 1/2004 aprobado el 26 de Julio del 2004, el Reglamento 1/2005 sobre los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (que en su artículo 6 permite el acceso de los medios audiovisuales a los juicios), el Protocolo de Comunicación del TS 4 de abril de 2006 (que facilita el acceso de la prensa a las audiencias), el Protocolo de Acceso de los medios de comunicación a las salas de vista TSJ de Cataluña, de Febrero del 2007, y la Instrucción 3/2005 Ministerio Fiscal, de 7 de abril, que en su apartado VII, sugiere a los Fiscales no oponerse a la presencia de medios y los ordena tener en consideración los criterios entados por el TC (menciona a la STC 57/2004 y no a la 56/2004), encomendándoles no convertir el juicio en un espectáculo mediático. Asimismo, el Estatuto Orgánico del ministerio Fiscal, reformado el 2007, autoriza a dar informaciones sobre los casos, pero con respeto a los derechos de las partes y al secreto de sumario (art 4.5).

⁷⁶² Criticada por J. GÓMEZ BERMÚDEZ, y E. BENI UZÁBAL, ob. cit, nota 337, p. 271.

⁷⁶³ Vicente J. NAVARRO MARCHANTE, *“El Derecho a la Información Audiovisual de los Juicios”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2011), p. 195 y ss.

4.- Sanciones Establecidas Para Proteger La Autoridad Del Poder Judicial, Salvaguardar Su Imparcialidad Y Favorecer El Desarrollo De Un Juicio Justo.

Pese a que la vía penal ha constituido uno de los mecanismos más tradicionales de protección de la honra, el honor y la vida privada, todo indica que su uso tiende a decrecer, en parte por la existencia de otras medidas menos severas que permiten obtener similares resultados y, en parte, en la materia que analizamos, por el desarrollo dado a la libertad de información y de expresión, y la importancia de no ejercer sobre ellas un efecto silenciador.

Sin embargo, esta tendencia no significa un abandono total de la vía penal ni una prohibición de su utilización, sino sólo una comprensión más restrictiva respecto a los usos y comprensiones históricas, especialmente de aquellos desarrollados en tiempos pre-democráticos.⁷⁶⁴ El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que para alcanzar este cometido el Estado puede legislar, reglamentar e incluso establecer tipos penales⁷⁶⁵.

VALLDECABRES ORTIZ rescata la posibilidad de imponer sanciones frente a aquellas conductas tendientes a ejercer presiones o a influir indebidamente en la actividad jurisdiccional, especialmente cuando “las mismas llegan a denotar una pretensión de suplantación en la propia función jurisdiccional”⁷⁶⁶. Asimismo, propone la posibilidad de sancionar a las personas que siendo ajenas al proceso (generalmente del mundo de los medios de comunicación), conscientemente contribuyen a lesionar los intereses constitucionalmente tutelados⁷⁶⁷. Sin embargo, destaca la importancia de no afectar penalmente a los comentarios técnicos en revistas y publicaciones especializadas, así como las actuaciones que se incluyen en la legítima estrategia de las partes, así como tampoco a aquellas actuaciones que se realicen una vez que el proceso ha concluido, por mucho que puedan afectar injustamente la imagen de la justicia y la confianza de los ciudadanos en ella⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ En Chile existe un Proyecto de Ley de Protección del Honor y de la Intimidad de las Personas, (BOLETÍN N° 2370-07), que propone reemplazar la sanción penal clásica de injurias, por una de indemnización de perjuicios, para ser reclamada en sede civil. Aunque a nuestro juicio, esta indemnización mantiene su naturaleza claramente punitiva y disuasiva.

⁷⁶⁵ CEDH No 11508/85, *Barford v. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989.

⁷⁶⁶ GIMENO SENDRA cree que es necesario instaurar tipos penales para proteger la imagen del PJ y de sus miembros. Miguel Ángel GIMENO, “*Consideraciones Jurídicas sobre los Juicios Paralelos*”, en Informe sobre el Tratamiento del Juicio de Alcázar, Barcelona (1997), p. 295 y ss. VALLDECABRES ORTIZ, si bien se muestra a favor de la desaparición del desacato, cree que hay una situación que debe ser protegida y que no lo ha sido en forma adecuada. el artículo 226 del Código Penal francés sanciona a cualquiera que, por medio de la palabra hablada o escrita, intente desacreditar públicamente una acción o decisión de un tribunal, de una manera que pueda comprometer la autoridad o la independencia del Poder Judicial. “Sería oportuno sancionar la conducta de cualquier otro particular que sin intervenir en el proceso hiciera público el contenido de las actuaciones judiciales secretas con conocimiento de tal origen ilícito antes de que se declarara la apertura del juicio oral”. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 248., p. 601-609 y 693

⁷⁶⁷ *Ibid.* p. 693.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 697.

Dadas las restricciones que tienen los jueces en su actuar, conviene estudiar la pertinencia de un tipo penal perseguible de oficio que se haga cargo, al menos, de las acusaciones temerarias o simplemente falsas de corrupción o prevaricación. En estos casos, la tutela de la dignidad de las personas que ocupan cargos públicos no es susceptible de tutela meramente privada, entre otras razones, porque la imposibilidad de desvincular el daño institucional del daño personal⁷⁶⁹.

4.1. El desacato.

Una figura particularmente mencionada en materias judiciales es el desacato. Sin embargo, buena parte de esta referencia proviene de la figura del “contempt of court” del Derecho anglosajón, traducida como desacato, pero frente a la cual presenta numerosas diferencias, sobre todo luego de la Contempt of Court Act de 1981 (COCA 1981) (aunque la sección 6 de la misma señala que lo que no sea regulado por esta norma (que tiene un ámbito de aplicación bastante específico), podrá aplicarse las demás normas del *common law*. Cabe señalar que también existen otras figuras complementarias al “contempt of court”, como el de interferencia en el curso de la justicia o el de usurpación de funciones⁷⁷⁰.

El desacato se ha justificado tradicionalmente en la importancia de mantener el orden público, facilitar la labor del Estado, así como de mantener y proteger su autoridad y respetabilidad, recibiendo en tiempos más modernos numerosos cuestionamientos, especialmente en el ámbito interamericano⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 512-513.

⁷⁷⁰ Nos referiremos in extenso a esta institución en la siguiente sección de este trabajo.

⁷⁷¹ El uso de esta figura ha persistido en muchos países latinoamericanos, muy probablemente como consecuencia de la mantención de cierta lógica colonial, que exige un especial respeto a la figura del monarca y a sus representantes. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Relator Especial para la Libertad de Expresión han llamado reiteradamente a su completa eliminación, señalando que dicha protección es innecesaria y contraria a la lógica democrática, y que la protección de los bienes jurídicos que busca pueden obtenerse igualmente por otras vías (civil). En su informe sobre la libertad de expresión del año 2012, publicado el 5 de marzo del 2013, el relator especial para la libertad de expresión en el sistema americano señalaba, en su párrafo 57, que “en consonancia con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría Especial han señalado en reiteradas oportunidades que la aplicación del tipo penal de desacato a quienes divulgan expresiones críticas frente a los funcionarios públicos es, *per se*, contraria a la Convención Americana (CIDH, Informe Anual 1994, Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. Título I: Introducción. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995), puesto que constituye una aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión que son innecesarias en una sociedad democrática, y desproporcionadas por sus efectos graves sobre el emisor y sobre el libre flujo de información en la sociedad. En igual sentido, el principio 11 de la Declaración de Principios establece que, “las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

El mismo informe, en su párrafo 58 agrega que “este tipo de leyes son un medio para silenciar ideas y opiniones impopulares y disuaden las críticas al generar temor a las acciones judiciales, las sanciones penales y las sanciones monetarias. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en cuanto a que la legislación sobre desacato es desproporcionada por las sanciones que establece, frente a críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, por lo cual suprime el debate esencial para el funcionamiento de un sistema democrático, restringiendo innecesariamente la libertad de

Sin embargo, su prudente utilización puede ofrecer algunos buenos resultados, por lo que no debe ser descartada de plano.

4.2.- La contempt of court en su versión más conocida (anglosajona)⁷⁷².

Una de las figuras jurídicas que ha despertado más interés doctrinario en relación con la forma de abordar y resolver la tensión existente entre la libertad de expresión e información y la debida protección que debe darse a la imparcialidad del Poder Judicial, su autoridad y los derechos procesales de las partes, es la del “*Contempt of Court*”⁷⁷³.

Esta figura es una de las instituciones más características y antiguas del Derecho anglosajón⁷⁷⁴, y su naturaleza es sui generis, pues combina elementos de las medidas precautorias, del Derecho Civil y del Derecho Penal.

expresión (CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser. Título I: Introducción. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995).

Luego afirma que “la Corte Interamericana también ha examinado, en casos concretos, el carácter desproporcionado de la legislación sobre desacato y del procesamiento de las personas que ejercen su libertad de expresión por dicho delito. Por ejemplo, en el caso *Palamara Iribarne v. Chile*, la Corte Interamericana observó que “a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. La Corte considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y expresión”. En el caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*, la Corte Interamericana resaltó como positivo que, con posterioridad a la condena de Tristan Donoso por calumnia debido a sus expresiones contra un alto funcionario, se hubieran prohibido en dicho país las sanciones por desacato y otras limitaciones de la libertad de expresión. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 de diciembre de 2009. Párrs. 142-143. En idéntico sentido, caso *Verbitsky v. Argentina*, Informe núm. 22/94, caso 11.012, Argentina, Solución Amistosa, del 20 de septiembre de 1994).

Cabe recordar que en el ámbito interamericano existe una marcada menor confianza en la capacidad que puedan tener las autoridades para hacer un uso prudente de instrumentos complejos y potencialmente dañinos, por lo que en general se ha optado por su prohibición absoluta (censura, desacato, etc.).

⁷⁷² En la elaboración de esta parte se ha tenido especialmente a la vista la investigación realizada por Cristóbal CAVIEDES en su Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho, realizado en año 2008 en la Pontificia Universidad Católica, bajo mi dirección, titulada “*El Contempt of Court, el Caso Sunday Times y la Incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos en Gran Bretaña: ¿Cambio en la Jurisprudencia?*”.

⁷⁷³ Antiguamente llamado *contemptus curiae*. Antonio FAYOS GARDÓ, “*La Contempt of Court Act Británica de 1981: el Desacato al Tribunal cometido por los Medios de Comunicación Social*”, La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, No 3 (1987), p. 911-918.

⁷⁷⁴ Si bien es posible verlo también en otros países (Australia, Canadá, Hong Kong, India y Argentina, entre otros), su desarrollo y utilización en ellos ha sido menos relevante, llegando incluso a perder utilidad práctica, como sucede en Estados Unidos. En parte ello ha sucedido porque se les ha aplicado el criterio del “peligro claro e inminente” y se les ha limitado, además, estrictamente a los procesos pendientes. *Times-Mirror v. California*, 314 U.S. 252 (1941). También

Fuera del Derecho anglosajón no tiene equivalentes claros, y generalmente ha sido observada en forma crítica, dado las semejanzas que presenta con la figura delictual de desacato (de hecho se le mal traduce como tal), considerada ampliamente como una restricción de antiguo cuño a la libertad de expresión y, por lo mismo, incompatible con las necesidades de una sociedad democrática. Sin embargo, veremos que el *contempt* y el desacato muestran diferencias relevantes.

La amplitud de formas y posibilidades que tanto hoy como en el pasado puede ofrecer el *contempt* dificulta una definición precisa del mismo. Incluso podemos decir que no ha existido claridad conceptual sobre sus contornos y objetivos, aun cuando podía implicar sanciones de tipo penal.

Así parece haber quedado en evidencia durante el caso *Sunday Times*, especialmente en los diversos argumentos esgrimidos por los Lores, y que mencionaremos por su especial capacidad explicativa sobre la naturaleza de esta institución.

Por ejemplo Lord REID señala que “el derecho del *contempt* debía fundarse únicamente en su relación con el orden público: no tiene como finalidad proteger los derechos de las partes en litigio, sino impedir las negligencias en la administración de la justicia, y debía, pues, limitarse a los fines razonables que imponían esta necesidad. No se debía restringir la libertad de expresión en otra medida que no fuera ésta, pero tampoco se podía dejar que perjudicase a la administración de justicia”⁷⁷⁵.

Para Lord MORRIS, el derecho del *contempt* estaba destinado a preservar la autoridad de los Tribunales y a impedir las injerencias injustificadas. Señala que hay que tener en cuenta el interés público a la libertad de expresión y no establecer otras restricciones que las absolutamente necesarias, pero “de todo ello no se infiere que si una conducta debe condenarse como *contempt of court*, se la puede excusar y tenerla por legítima porque no se inspiraba en el deseo de aliviar un infortunio suscitando la simpatía y la preocupación del público: en este caso

se ha utilizado para mantener el orden al interior del tribunal o en sus cercanías. Pero en general, se ha hecho primar el derecho a la libertad de expresión. *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978). La figura penal señalada en el artículo 226 del Código Penal francés, que sanciona a cualquiera que, por medio de la palabra hablada o escrita, intente desacreditar públicamente una acción o decisión de un tribunal, es del todo excepcional y cuestionable.

⁷⁷⁵ Lord REID se refirió, en primer término, a los comentarios relativos a una instancia pendiente en la que se somete a presiones a una de las partes. Había que impedir los comentarios de esta naturaleza para que no supusieran una presión para los testigos o el Tribunal y el proceso no corriese el riesgo de ser equitativo; además, el hecho de que una de las partes no haga prevalecer enteramente sus derechos no es motivo para prejuzgar que el proceso no sea equitativo si la decisión estaba o no influida por un tercero. Cuando la única cuestión a examen eran las presiones sobre una de las partes, las críticas honestas y moderadas a la incitación a renunciar a sus derechos eran, en consecuencia, legítimas y admisibles; así, el artículo de 24 de septiembre de 1972 no constituía un *contempt*. “El *contempt of court* no tiene nada que ver con los intereses privados de los litigantes. Ya he señalado cómo, según mi opinión, hay que establecer un arbitrio entre el interés público a la libertad de expresión y el interés público a la defensa de la administración de justicia contra cualquier injerencia. No veo, pues, por qué tiene que haber diferencia de principio entre un caso al que se le atribuye valor de actualidad y a otro que no”. CEDH No. 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 29.

no se podría considerar como un *contempt of court* justificado”. Un Tribunal no constataría el *contempt* más que ante un riesgo serio, real o importante de perjuicio⁷⁷⁶.

Para Lord DIPLOCK, el *contempt of court* era punible, ya que minaba la confianza de las partes y del público en la buena administración de la justicia. Exigía que todo ciudadano tuviese libre acceso a los Tribunales, pudiera confiar en una decisión imparcial fundada únicamente en los hechos establecidos en conformidad con las normas relativas a los medios de prueba y pudiera esperar, una vez que el caso estuviera ante los Tribunales, que nadie usurpase su función, como, por ejemplo, por medio de un “proceso en la prensa”. Constituía, pues, un *contempt of court* todo comportamiento que infringiese cualquiera de estas exigencias o socavara la fe del público en su cumplimiento. Lord DIPLOCK declaraba que “en un proceso civil, el *contempt of court* no se limita a una simple conducta (que busque) perjudicar la equidad del proceso influyendo (...) en el Tribunal (...) o en los testigos: engloba también una conducta tendiente a disuadir a los litigantes a prevalerse de su derecho constitucional a que los Tribunales se pronuncien sobre los derechos y las obligaciones jurídicas y aseguren el respeto, echando sobre uno de los litigantes la venganza pública para prevalerse o exponiendo a un debate público y perjudicial de fondo o de los hechos de la causa antes que el Tribunal haya resuelto sobre ellos o que la acción haya encontrado otro cauce legal”⁷⁷⁷.

Lord SIMON de GLAISDALE, por su parte señalaba que “El derecho del *contempt of court* era el medio legal de defender el interés público a una buena administración de la justicia (...). La buena marcha de la justicia comprendía negociaciones tendientes a conseguir una transacción conforme al derecho vigente”⁷⁷⁸.

Lord CROSS of CHELSEA afirmó que por *contempt of court* se entendía una intromisión en la Administración de Justicia. Las normas del *contempt* no debían obstaculizar la libertad de expresión más que cuando fuese razonablemente necesario. El proyecto de artículo trataba de saber si la Distillers había incurrido en negligencia, o si tal principio constituía “un principio prematuro” de las cuestiones de hecho o de derecho ante las instancias civiles o penales en curso. Y continuaba: “Si se juzga prematuramente una cuestión que surge en un proceso, una publicación tal, inofensiva en sí misma, puede provocar respuestas que, lejos de serlo, no sería equitativo, como respuestas en sí mismas, prohibir (...). Una norma general —tanto si no es razonable como si se refiere a un caso concreto— es necesaria para impedir un deslizamiento progresivo hacia un ‘proceso en la prensa o en la televisión’”. Esta regla, añadió Lord Cross, valía tanto para las negociaciones tendientes a llegar a un acuerdo como para el resultado del procedimiento propiamente dicho⁷⁷⁹.

MOLINA PASQUEL⁷⁸⁰ menciona varias posibles definiciones de *contempt*, todas las cuales identifican el respeto y obediencia debido al tribunal con su propia

⁷⁷⁶ CEDH No. 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 30.

⁷⁷⁷ CEDH No. 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 31.

⁷⁷⁸ CEDH No. 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 32.

⁷⁷⁹ CEDH No. 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 33.

⁷⁸⁰ Roberto MOLINA PASQUEL, “*Contempt of Court: Correcciones Disciplinarias y Medios de Apremio*”, Fondo de Cultura Económica, México (1954), p. 22-23. Por ello, no es extraño que se asocie el *contempt* al acto de despreciar o desobedecer.

dignidad intrínseca⁷⁸¹. Por ejemplo, señala que para DANGEL el *contempt* consiste en “el menosprecio a la autoridad de un tribunal; la ofensa contra un tribunal de justicia o a una persona en quien han sido delegadas funciones de soberanía; es una desobediencia al tribunal; la oposición o desprecio a su autoridad, a su dignidad o a su justicia”⁷⁸². Asimismo, para William BLACKSTONE sería “la desobediencia a los autos (*rules*), mandamientos (*orders*) o decisiones (*process*) de un tribunal, o contra las prerrogativas del Rey⁷⁸³”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su fallo sobre el caso *Sunday Times*, ha señalado que “el *contempt of court* constituye, salvo excepciones, una infracción castigada con prisión, sin límite de duración, o una multa, sin límite de cantidad, o la obligación de prestar una fianza como garantía de buena conducta; la pena puede ser impuesta en un juicio sumario sin intervención de jurado, y la publicación de los hechos u opiniones constitutivos de delito de *contempt* pueden, asimismo, prohibirse, según un procedimiento análogo. En cierta medida, el *contempt of court* cubre el mismo campo que algunas infracciones ordinarias contra la administración de justicia, como, por ejemplo, desviar el curso de esta última (*perversion of the course of justice*). El *contempt of court* es una creación del *common law* y se refiere a muchas de las formas de comportamiento”⁷⁸⁴.

4.2.1.- Fundamento del *contempt of court* y su evolución.

Tradicionalmente, la protección ofrecida por el *contempt of court* se asoció a la autoridad y al respeto que merecía cada juez y cada tribunal por su propio rol e investidura. Ello era consecuencia natural del ideario jurídico monárquico, que exige dar al rey y a sus delegados obediencia y respeto acrílicos, a diferencia de la conceptualización democrática, que por el contrario, ofrece un mayor espacio para la crítica y obliga a soportar a los funcionarios a quienes se encomienda el ejercicio del poder público, una mayor exposición a la crítica, considerando a la libertad de expresión como uno de los pilares institucionales más importantes del modelo democrático.

Luego de la condena del caso *Sunday Times* en 1979 y de la dictación de la *Contempt of Court Act* en 1981, el sustento de la institución ha debido ser modificado. Ya no buscará proteger la autoridad y prestigio personal de determinadas figuras⁷⁸⁵, sino la correcta Administración de Justicia como uno de los requisitos fundamentales de cualquier organización política.

⁷⁸¹ Su origen semántico sería el mismo.

⁷⁸² Roberto MOLINA PASQUEL (1954), ob.cit. nota 780 p. 22-23

⁷⁸³ Roberto MOLINA PASQUEL (1954), ob.cit. nota 780, p. 52.

⁷⁸⁴ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 18. Vale la pena recordar que luego de esta sentencia el *contempt of court* fue parcialmente modificado por la COCA de 1981.

⁷⁸⁵ Lord MORRIS (citado por el Juez ZEKIA en su voto concurrente en el caso *Sunday Times*), señalaba que: “En el interés general de la comunidad, es necesario que la autoridad de los Tribunales no sea puesta en peligro y que el recurso ante ellos no sea sujeto a una interferencia injustificable. Cuando dicha interferencia injustificable es suprimida, no es porque aquellos que están encargados de la responsabilidad de administrar la justicia se preocupen de su dignidad personal, sino porque la misma estructura de la vida ordenada está en peligro si los Tribunales reconocidos del territorio son tan despreciables que su autoridad declina y terminan por ser

En otras palabras, el eje de la protección se cambia del prestigio personal de los jueces, y consecuentemente de los tribunales de Justicia, a una garantía de interés general, establecida a favor que la sociedad y especialmente de quienes podrían verse involucrados en un juicio, garantizándoles la primacía del derecho por medio de la imparcialidad del tribunal y de un proceso justo⁷⁸⁶.

4.2.2.- Clasificaciones y tipologías en torno a la figura del *contempt*.

Hemos dicho que una de las críticas realizadas al *contempt* como institución es su falta de contornos precisos. Pero para efectos de su estudio, se ha recurrido a dos formas de clasificación de las conductas que puede abarcar.

La primera de ellas se vincula al lugar donde se realizan (dentro⁷⁸⁷ o fuera del tribunal⁷⁸⁸) y la segunda, de acuerdo a si constituye un acto de desobediencia (dañando principalmente la autoridad de la judicatura) u obstrucción a la justicia (afectando el derecho a realizar un juicio justo (de cualquier tipo), así como el interés general en ello involucrado).

La primera situación (desobediencias a las órdenes del tribunal), sería un *contempt* civil, mientras el segundo, penal⁷⁸⁹.

Es importante aclarar que cualquiera de estas variantes podría tener penas de multa o cárcel, por lo que esta clasificación se relaciona antes con el tipo de actos que con la naturaleza de las sanciones que permite imponer. Dado lo difícil y ambigua de la distinción, se ha sugerido eliminar la categoría, y con ello la posibilidad de superposiciones y confusiones⁷⁹⁰. Pero el uso fuertemente asentado de la misma ha hecho difícil que esto suceda.

Para nuestra investigación, las situaciones de mayor interés son las restricciones a conductas realizadas fuera del tribunal y que tienen por objeto la obstrucción de la justicia. Ellas pueden incluir una variada gama de acciones: amenazas y represalias a testigos y otros participantes, desobediencia a órdenes del Tribunal,

suplantados". Citado en la CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, voto concurrente Juez ZEKIA.

⁷⁸⁶ Lord SALMON en *Attorney General v. BBC* (1981) AC, 1992) C.O.D.264.

El TEDH ha señalado que "después del informe del Comité sobre el *contempt of court* (el *rapport Phillimore*, párrafo 36), el Derecho inglés en esta materia se define como "un medio permanente de los Tribunales para intervenir, impidiendo o reprimiendo de esta forma un comportamiento de naturaleza obstruccionista en la administración de justicia, relacionado bien con un caso concreto o bien con una materia de carácter general"(párrafo 18).

⁷⁸⁷ También llamado en presencia del tribunal (*in the face of the court*) o *in facie curiae*, es decir, cometidos ante el tribunal. Roberto MOLINA PASQUEL, (1954), ob.cit. nota 780, p. 65.

⁷⁸⁸ Desacato indirecto (*indirect*), también llamado *constructive contempt*, *consequential contempt*, desacato fuera del tribunal ("*out of court*") o *ex facie curiae*. Antonio FAYOS GARDÓ, (1987) op. cit. nota 773, p. 917.

⁷⁸⁹ La modalidad más importante del criminal contempt es la de obstrucción a la justicia ("*prejudicing a fair trial*"), tanto en su modalidad intencional (se rige por las normas del common law, y exige dolo o culpa) como en la de responsabilidad estricta u objetiva, donde es irrelevante que el autor haya querido o no provocar esa obstrucción. Se ha regulado por la COCA de 1981.

⁷⁹⁰ Son pocos los casos en que el Tribunal no realice advertencias previas (*warnings*), y puede hacerse por omisiones.

filtración de antecedentes reservados, críticas infundadas⁷⁹¹, anticipación de resultados, y en general, cualquier conducta capaz de afectar la correcta administración de justicia⁷⁹². Por motivos de focalización concentraremos nuestra atención primordialmente sobre ellas.

4.2.3.- Repercusiones mundiales de un caso emblemático: *Sunday Times v. Reino Unido*.

Una de las jurisprudencias más conocidas y citadas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la del llamado caso *Sunday Times v. Reino Unido*, que afectó al diario del mismo nombre durante la década de los 70⁷⁹³ y tuvo un profundo impacto, tanto a nivel nacional como internacional.

Su fallo es particularmente interesante en cuanto a la comprensión de las limitaciones que pueden imponerse a la libertad de expresión con el propósito de dar protección a la autoridad del Poder Judicial. Cabe señalar que el caso sólo se refiere, en estricto rigor, a esta causal y no a la de imparcialidad señalada por el mismo art 10.2 de la Convención te Europea de Derechos Humanos⁷⁹⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aprovechó el caso para reiterar su propia posición jurídica en el contexto europeo, especialmente en cuanto a su facultad para emitir la última palabra en materia de derechos fundamentales, tanto de resoluciones judiciales como de normas jurídicas.

El fallo también es relevante por las precisiones que realiza respecto de una serie de conceptos de la Convención, como por ejemplo las expresiones “ley” y “previsto por ley”, el “margen de apreciación” que cabe a las autoridades nacionales, y el concepto de “proceso pendiente”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró también que el criterio a utilizar para resolver los conflictos entre los distintos bienes y derechos en juego en cada caso particular es el de la ponderación. Vinculado con ello, otro aspecto igualmente relevante, aunque en general menos comentado por la doctrina, es la mínima mayoría con el que fue aprobado (11 votos contra 9), lo que es una buena prueba de las buenas razones de la posición contraria, y el hecho contingente de que una de ellas haya resultado ganadora. Cabe señalar que los votos de minoría son, en muchas materias, tan interesantes doctrinariamente como los que fundan el voto de mayoría, pudiendo constituir las razones de solución de otros casos futuros (suponiendo que pudiese existir un cambio de tendencia en la jurisprudencia).

Las diferencias de criterio tan claramente acá expuestas, constituyen una clara prueba más de lo difícil que resulta realizar interpretaciones “correctas”, objetivas y únicas en materia de derechos fundamentales, aún dentro de un esquema de expertos. Ello, a su vez da cuenta del marcado aspecto subjetivo (ideológico,

⁷⁹¹ La figura del *Scandalising the court* o *scandalous attack on the court* no ha sido aplicada en los últimas décadas, ampliando parcialmente el espacio para la difusión y análisis de asuntos judiciales.

⁷⁹² CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 18.

⁷⁹³ La publicación que dio origen a la polémica fue hecha el 24 septiembre de 1972. La sentencia del TEDH fue dictada el 26 de abril de 1979. A ello siguieron una serie de debates e incluso una importante modificación legal del “*contempt of court*” en 1981.

⁷⁹⁴ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 57.

cultural, personal) que hay en la interpretación de cualquier norma sobre derechos fundamentales, así como en la determinación final de su contenido.

En el ámbito del Derecho inglés, la sentencia tuvo grandes consecuencias⁷⁹⁵. En particular, aceleró una serie de reformas a la figura del *contempt of court*, aunque ellas ya se venían planteando, aunque con menos fuerza, en forma previa⁷⁹⁶.

El proceso de cambios a que hacemos referencia finalizó formalmente con la dictación de la Contempt of Court Act de 1981 (COCA 1981), que buscó hacer compatible la institución del *contempt* con las exigencias del Convenio Europeo⁷⁹⁷, de modo de evitar futuras nuevas condenas de parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la Contempt of Court Act de 1981 sólo se refiere a un tipo particular de agresiones al Poder Judicial y a la Administración de Justicia: las que realizadas fuera del tribunal (en general, por la prensa) y que son capaces de afectar gravemente la imparcialidad del mismo o el proceso de Administración de Justicia, de acuerdo a un criterio de responsabilidad objetiva. Esta opción legislativa dejó vigentes una serie de situaciones derivadas del *contempt* del common law, como por ejemplo las realizadas con dolo o malicia.

4.2.4.- El caso *Sunday Times* propiamente tal.

El caso en cuestión tuvo su origen en un artículo, publicado por el *Sunday Times*, titulado “*Our Thalidomide Children: A Cause for National Shame*”⁷⁹⁸, donde se analizaban las causas e implicaciones del nacimiento de cerca de 500 niños con

⁷⁹⁵ El fallo declaró la incompatibilidad del convenio (art. 10) con el uso que se había hecho del *contempt* en el caso analizado, e incluso, en uno de sus votos disidentes, el juez ZEKIA, derechamente sugirió la eliminación del mismo, señalando que “en los sistemas jurídicos de los Estados continentales, que son los firmantes originales del Convenio, no existe, según mis conocimientos, nada similar a la rama del *Common Law* del *contempt of court* — con su procedimiento sumarial — concerniente a las publicaciones referidas a procesos civiles pendientes. A pesar de ello, estos países consiguen garantizar el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad de su poder judicial. ¿Debo admitir que la situación es diferente en Inglaterra y que deben mantener inalterado el *Common Law* del *contempt of court* bajo discusión, que tiene dos siglos de antigüedad, para salvaguardar la autoridad e imparcialidad del poder judicial? Mi conocimiento y experiencia adquiridos durante largos años de contactos con jueces y Tribunales ingleses me mueven a decir sin reserva alguna que el poder judicial en Inglaterra es de un nivel demasiado elevado para ser influido por cualquier publicación en la prensa”.

Luego, concluye señalando que “el lugar de nacimiento de la Carta Magna, del *Bill of Rights* y los principios básicos de la justicia -consagrados en el sistema judicial anglosajón e incorporados una gran parte de ellos a los artículos del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales- pueden, en mi humilde opinión, eliminar fácilmente y por entero la rama del *Common Law* del *contempt of court* que examinamos, o modificar una parte de ella, sobre las líneas indicadas en el informe del Comité Phillimore”.

⁷⁹⁶ Antes del fallo había comenzado un proceso de cuestionamientos y planteamientos de reforma a dicha institución, como puede verse claramente en el “Informe Phillimore” de 1974. Ciertamente este proceso también estuvo muy influido por el debate en torno al caso *Sunday Times*, durante los años en que éste se desarrollaba en las instancias nacionales.

⁷⁹⁷ Cabe señalar que la inclusión en el artículo 10.2 de la causal de “imparcialidad de la justicia y autoridad del poder judicial” encuentra en buena medida su sustento en las presiones realizadas por Gran Bretaña durante su negociación, y que se motivaban en el reconocimiento de sus instituciones y prácticas ancestrales sobre esta materia. Así lo señala en forma expresa la STEDH, tanto en su voto de mayoría como en su principal voto minoritario.

⁷⁹⁸ La publicación fue hecha en la edición del 24 de septiembre de 1972.

malformaciones graves, presumiblemente asociado al uso del fármaco “*Talidomida*” por parte de sus madres durante el embarazo.

La situación no era ni nueva ni desconocida al momento del reportaje. En los años anteriores, la compañía responsable del fármaco en Inglaterra (“*Distillers Company Biochemicals Limited*” o simplemente “*Distillers Co.*”) recibió 70 demandadas de perjuicios, de las cuales, al momento de la publicación de referencia, 65 de las cuales se había logrado solucionar mediante acuerdos directos entre las partes⁷⁹⁹. De hecho, lo que el artículo publicado cuestionaba eran precisamente los términos de muchos de los acuerdos alcanzados, a los que calificaba como “grotescamente insuficientes en relación a los perjuicios”. A ello sumaba duras críticas al sistema judicial y al derecho de daños inglés⁸⁰⁰.

Para efectos del caso generado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el aspecto más relevante de la nota fue que anunciara, en una nota al pie de página, que próximamente publicaría otro reportaje sobre el tema. En Octubre de 1972 el Fiscal General obtuvo que se dictara una prohibición respecto de dicho segundo reportaje, por la vía del *contempt of court*, por lo que nunca pudo ser publicado, al menos por el *Sunday Times*⁸⁰¹. Los argumentos utilizados para invocar la prohibición se relacionaron con las presiones que este podía generar en las partes, y la interferencia que ello podría provocar en el proceso de administración de justicia. Por tanto, es importante precisar que toda la polémica generada versa sobre esa nota inédita (la prohibición no afectó al ya publicado).

Uno de los aspectos más cuestionados del caso tiene que ver con su proporcionalidad, entendida como la capacidad de éxito de la medida en relación con los fines buscados. De hecho, pese a la prohibición, el interés por el tema persistió (e incluso aumentó), generando un amplio debate y numerosas publicaciones de prensa que en parte importante reiteraron lo sostenido por el *Sunday Times*, y abordaron en lo sustancial lo que hubiera sido el contenido del artículo prohibido. Asimismo, la Cámara de los Comunes debatió ampliamente el caso (pese a que el vocero de la misma había rehusado hacerlo en numerosas ocasiones⁸⁰²), celebrando al *Sunday Times* e instando a *Distillers* a asumir sus responsabilidades morales⁸⁰³.

⁷⁹⁹ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafos 8-10.

⁸⁰⁰ El artículo señalaba que “(...) los niños de la talidomida deben avergonzar a la *Distillers*. Atenerse a la letra de la ley es a veces tan criticable como la violación de los derechos de otra persona. La cifra establecida en el proyecto de resolución se eleva a 3,25 millones de libras, a pagar en diez años. No es nada del otro mundo si lo comparamos con los beneficios de la compañía, que antes de deducir impuestos ascienden a 64,8 millones en el último año, y el valor contable neto de la misma es de 421 millones. Sin reconocerse en modo alguno culpable de negligencia, la *Distillers* podría y debería reflexionar otra vez”.

Además, los demandantes obtendrían por el acuerdo definitivo y total del asunto sólo un 40 por 100 de la suma que le hubiese correspondido si hubieran ganado el pleito. Las críticas alcanzaban al poder judicial, pues en 62 de los 65 casos, por tratarse de menores que seguían vivos, el acuerdo requería aprobación judicial.

⁸⁰¹ Dado que esta prohibición sólo se dirigió al *Sunday Times*, el reportaje fue publicado, en lo sustancial de su contenido, por el *Daily Mail* el 8 y 9 de diciembre de 1972, sin que se plantearan procesos por *contempt*.

⁸⁰² CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 13.

⁸⁰³ Con fecha 29 de noviembre de 1972.

Otro de los aspectos relevantes del caso, es que en su apelación quedaron en evidencia la falta de claridad existente en el Derecho inglés sobre el contenido y propósitos de la figura del *contempt*⁸⁰⁴.

De hecho, luego de la primera sentencia, la *Court of Appeal* levantó la prohibición, señalando que “el interés público a un debate nacional sobre el problema tenía mayor relevancia que el riesgo de lesionar a una de las partes”. Además afirmó que el riesgo para la adecuada administración de justicia no era significativo, dado que el tema ya se discutía abiertamente en todo el país, y en los casos pocos casos donde no había acuerdo, no podía observarse la existencia de un juicio propiamente tal⁸⁰⁵.

El 18 de Julio de 1973 la Cámara de los Lores revocó la sentencia de apelación y confirmó la dictada en primera instancia, ampliando considerablemente el ámbito de la prohibición. Esta última medida fue considerada con especial atención en el análisis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ El 16 de Febrero de 1973, la Court of Appeal unánimemente modifica la decisión de la Divisional Court levantando la prohibición. Según una de las opiniones dominantes, que fue la de Lord DENNING, la resolución se justificaba por tres razones: en primer lugar, el artículo, si bien “enumeraba enérgicamente las razones por las cuales Distillers no había estado a la altura de sus responsabilidades (...), también señalaba argumentos que se podían invocar a favor de Distillers”, por otra parte, él juez consideró que al compararse el interés de las partes a obtener un buen acuerdo con el del público a estar informado en un asunto de tal magnitud, “el interés público a un debate nacional sobre el problema tenía mayor peso que el riesgo de lesionar a una de las partes”, por último, Lord DENNING hizo hincapié en que la calidad de “dormidos” de los procedimientos (refiriéndose a que sólo estaban en fase de negociación), hacían injustificable la prohibición (párrafo 25). Los demás jueces (Lord PHILLIMORE y Lord SCARMAN) justificaron su decisión en que el riesgo para la adecuada administración de justicia no era serio⁸⁰⁴ y todos, sin excepción, consideraron poco menos que ridículo que la Cámara de los Comunes, en forma pública, pudiese debatir libremente sobre la Talidomida mientras que la prensa -bajo el argumento de que sus reportajes constituían presión indebida sobre una de las partes- estaba vedada de hacerlo. El Attorney General apeló de esta decisión a la Cámara de los Lores. Ver sobre este punto Nathaniel L. NATHANSON, “Freedom of the Press and Contempt of Court Under English Law and the European Human Rights Convention”, Kentucky Law Journal, Vol. 68 (1979-1980), p. 974.

⁸⁰⁵ Según señala NATHANSON, “los juicios se encontraban en una etapa muy preliminar y de alguna manera “dormidos”. Ídem.

⁸⁰⁶ El 25 de julio de 1973, la Cámara de los Lores ordenó reenviar la causa a la Divisional Court, prohibiendo al Times Newspapers Ltd., a sus empleados o mandatarios o de cualquier otra manera publicar todo artículo o documento — o provocar, autorizar u obtener la publicación o impresión — en el que se juzguen prematuramente cuestiones de negligencia, de violación de un acuerdo o de incumplimiento de una obligación o trate de elementos de prueba que se refieran a alguna de estas cuestiones planteadas en cualquier juicio pendiente o inminente contra la Distillers (...) concerniente a la puesta a punto, distribución o utilización del medicamento talidomida. Al defensor se le concedía la facultad de pedir el levantamiento de la prohibición dirigiéndose a la Divisional Court.

Por ello, el párrafo 63 de la sentencia señala que “la prohibición, en la forma en que se dictó por la Cámara de los Lores, no se dirigía únicamente contra el proyecto de artículo del *Sunday Times* (párrafo 44). Los demandantes alegan que se les ha prohibido comunicar los resultados de su investigación a las comisiones gubernamentales y a un miembro del Parlamento, así como continuar su investigación, al retrasar la publicación de un libro y privar al editor del *Sunday Times* de la ocasión de comentar el caso o de responder a las críticas que se le hicieron. De hecho, la prohibición se dictó en términos amplios para englobar todos estos elementos; en razón incluso de su amplitud apela a un control particularmente atento de su “necesidad”. El proyecto de artículo no constituía, pues, el objeto principal de la prohibición”.

Las razones que señalaron los Lores para fundamentar su veredicto son muy interesantes, al menos en dos sentidos. Primero, porque muestran la poca claridad existente en torno al concepto y propósito del *contempt* en el *common law*⁸⁰⁷. Segundo, porque sus motivaciones evidencian que las medidas tomadas tuvieron como propósito salvaguardar la autoridad del poder judicial antes que la protección de su imparcialidad frente a un caso en particular.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizó un resumen de las motivaciones que llevaron a los Lores a imponer el *contempt* en este caso, reiterando lo recién expuesto y señalando que ello podía concluirse claramente de las razones mencionadas por los Law Lords⁸⁰⁸. Lo mismo puede verse en el primer y principal voto disidente⁸⁰⁹.

Ellas básicamente serían “juzgar prematuramente” la cuestión de la negligencia hubiera llevado consigo una falta de respeto a las vías legales o una intromisión en la administración de la justicia, con la intención de exponer a la Distillers a juicio público y perjudicial sobre el valor de su tesis, hecho criticable, ya que es un medio de disuadir a las partes para que se dirijan a los Tribunales. Además, ello hubiera sometido a la Distillers a presiones y perjuicios resultantes de un juicio prematuro sobre los puntos en litigio, ya que el derecho de *contempt* está destinado a impedir poner obstáculos a un recurso ante los Tribunales.

Asimismo, el juicio prematuro de la prensa hubiera provocado inevitablemente respuestas de las partes y suscitado el peligro de un “proceso en la prensa”,

⁸⁰⁷ Este punto se expone al explicar conceptualmente el *contempt*, en la sección anterior.

⁸⁰⁸ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 29-33.

⁸⁰⁹ Según lo relata el fallo de minoría de los jueces WIARDA, CREMONA, THÖR VILHJÄLMSSON, RYSSDAL, GANSHOF van der MEERSCH, Sir Gerald FITZMAURICE, BINDESCHEDLER-ROBERT, LIESCH y MATSCHER (párrafo 3) “los *Law Lords* han dado diversas razones justificativas de por qué consideraban que el proyecto de artículo debía prohibirse. Para la mayoría de ellos las razones principales eran, en nuestra opinión, las siguientes: a) El proyecto de artículo introducía en la campaña de prensa del caso de la talidomida una gran cantidad de hechos relativos a la posibilidad de que la Distillers había sido culpable de negligencia en la puesta a punto, comercialización y utilización de la talidomida; b) El proyecto de artículo proporcionaba de tal manera la información que producía la imagen de que, en efecto, la Distillers había sido negligente; c) Así, a través de la publicación del artículo, la cuestión de la negligencia, decisiva para el resultado de los procesos pendientes en aquella época entre los padres de los niños malformados y la Distillers, iba a ser prejuzgada por la prensa, a pesar de que el Tribunal encargado del caso todavía no se había pronunciado dentro del marco de las garantías dadas a las partes por el procedimiento judicial; d) Este juicio prematuro por la prensa, que suponía inevitablemente respuestas de las partes y creaba el riesgo de un *trial by newspaper*, es incompatible con una buena administración de justicia; e) Los Tribunales deben así proteger a las partes contra el perjuicio resultante de un juicio prematuro que implique inevitablemente el hecho de mezclarlos con las polémicas de la publicidad de todo proceso; f) Todas estas razones son conformes al objetivo de garantía de una buena administración de justicia, establecida en el Convenio a través del principio de “autoridad e imparcialidad del poder judicial”; g) Debe, asimismo, señalarse que, en la medida en que estas razones conciernen a la protección de los intereses de las partes, están en conformidad con el principio de “protección de derechos de terceros” contenido en el art. 10.2.

Asimismo, el párrafo 64 de la sentencia señala que: “Las declaraciones de los *Law Lord* subrayaban sobre todo un peligro: asistir a una falta de respeto de las vías legales y a una usurpación de las funciones de los Tribunales si se incitaba al público a formarse una opinión sobre una instancia que estaba todavía pendiente o si las partes debían sufrir un “proceso en la prensa”. Planteado de esta forma parece “pertinente” para garantizar “la autoridad del poder judicial” y así lo entiende el Tribunal (párrafo 55)”.

incompatible con una buena Administración de la Justicia. Finalmente, señala que los Tribunales deben proteger a las partes contra los perjuicios que se desarrollen en un juicio prematuro que les arrastra hacia el remolino de una publicidad previa al juicio propiamente dicho⁸¹⁰.

El fallo adverso de la Cámara de los Lores llevó al *Sunday Times* a presentar los antecedentes del caso a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, por vulneración del artículo 10 de la Convención Europea⁸¹¹. Asimismo se presentó una reclamación fundada en el artículo 14 (discriminación, etc.), pero esta fue desechada.

La Corte, el 26 de abril de 1979, con una mayoría de 11 contra 9, falló a favor del *Sunday Times*, siguiendo para ello su razonamiento habitual. Es decir, luego de exponer los hechos, el derecho aplicable y las alegaciones de las partes, verificó que la restricción establecida a la libertad de expresión hubiere estado establecida por ley, señalando que la normativa del *contempt* era suficientemente conocida y que la expresión “ley” debía entenderse en un sentido amplio, es decir, incluyendo las tradiciones del Common Law⁸¹².

Acto seguido, analizó si la restricción perseguía un fin legítimo, ante lo que consideró que ella estaba expresamente amparada en el art. 10.2 Convenio Europea de Derechos Humanos.

Finalmente al indagar si la restricción era necesaria en una sociedad democrática para mantener la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, estimó que la medida adoptada no se ajustaba a los criterios del art. 10 del Convenio Europea de Derechos Humanos, lo que la hacía ilegítima y atentatoria de la misma⁸¹³.

Luego de un largo análisis y de numerosos considerandos, estimó que “el proyecto de artículo del *Sunday Times* se expresaba en un tono moderado, presentaba pruebas que no beneficiaban todas a la misma parte y no pretendía que se tomase una única solución por el Tribunal; si se analizaban en detalle las pruebas que se alegaban contra la Distillers, también se resumían los argumentos en su favor, que terminaban con las palabras siguientes: “No parece que haya respuestas claras (...)”.

Según el Tribunal, el artículo hubiera tenido efectos variados en los diferentes lectores si se hubiera publicado. Por lo tanto, incluso si hubiera podido conducir a ciertas personas a formarse una opinión sobre el problema de la negligencia, ésta no hubiera tenido consecuencias adversas para “la autoridad del poder judicial”, ya que una campaña a nivel nacional se estaba llevando a cabo durante todo este tiempo, como ya se ha señalado⁸¹⁴.

Adicionalmente, la sentencia se manifestó frontalmente contraria a la tesis del “perjuicio mínimo” utilizado habitualmente en Inglaterra para proteger al Poder

⁸¹⁰ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 57.

⁸¹¹ La Convención Europea considera dentro de las causales para la restricción de la libertad de expresión las necesarias para “garantizar la autoridad e imparcialidad de la judicatura” (art. 10 párrafo 2). Cabe señalar que estando interpuesta la reclamación ante el sistema Europeo, el Fiscal General solicitó a la Divisional Court el levantamiento total de la prohibición, la cual fue decretada el 23 de Agosto de 1976.

⁸¹² Esta cuestión fue duramente criticada, entre otros, por el fallo de minoría del juez ZEKIA.

⁸¹³ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 67-68.

⁸¹⁴ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 64.

Judicial ante cualquier expresión relativa a un juicio pendiente, y que permitía imponer medidas restrictivas a la libertad de expresión ante cualquier riesgo de afectar la imparcialidad del juez o la correcta administración de justicia. Es decir, sin incorporar la lógica del balanceo ni la del “peligro grave e inminente”.

Respecto a este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que cualquier publicación referida a un proceso o a materias propias de la investigación y del caso podría estar en una situación similar a la cuestionada y censurada, no constituyendo ellas necesariamente un atentado contra “la autoridad del poder judicial”. Agregaban que sería imposible admitir que el Convenio permitiese “que se prohibiesen todas”⁸¹⁵.

Por todo ello, concluyó que la injerencia no correspondía a una necesidad social lo suficientemente imperiosa como para primar sobre el interés público sobre la libertad de expresión, en el sentido que lo entiende el Convenio, por lo que se consideró que la medida adoptada violaba el artículo 10 de la Convención⁸¹⁶.

Como hemos ya señalado, la sentencia se aprobó por una mayoría mínima (11 contra 9) y cuenta con varios votos disidentes y particulares.

El más importante de ellos corresponde al de los jueces WIARDA, CREMONA, THÖR VILHJÁLMSÓN, RYSSDAL, GANSHOF van der MEERSCH, Sir Gerald FITZMAURICE, BINDESCHEDLER-ROBERT, LIESCH y MATSCHER, y según lo sostenido por ellos mismos, “La diferencia de opinión que nos separa de nuestros colegas se refiere, sobre todo, a la necesidad de la injerencia y al margen de apreciación que sobre este punto se debe reconocer a las autoridades nacionales”⁸¹⁷. Por nuestra parte, destacamos también la sentencia del juez ZEKIA.

4.2.5.- Cambios normativos posteriores a la Sentencia *Sunday Times*: la *Contempt of Court Act* de 1981 (*COCA 1981*).

La *Contempt of Court Act* de 1981 solamente tiene por objeto regular –y ni siquiera en todos sus aspectos– el *criminal contempt* cometido fuera de la presencia del tribunal, por parte de los medios de comunicación social y terceros ajenos al juicio, mientras el proceso está en curso⁸¹⁸.

El principal objetivo de la ley es evitar o reducir la injerencia externa, sobretodo en testigos y jurados, procurando con ello que su convicción se forme únicamente con los elementos aportados al juicio y en él analizados, de acuerdo a las garantías del debido proceso. Cabe señalar que los jueces ostentan una

⁸¹⁵ Ídem.

⁸¹⁶ CEDH No 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, párrafo 67-68.

⁸¹⁷ Punto 4 del fallo disidente.

⁸¹⁸ Este tipo de normas dan cuenta de una creciente tendencia a la regulación y escrituración en el Derecho Anglosajón. Sin perjuicio de las ventajas en cuanto a certeza y especificidad que las normas escritas ofrecen, es necesario considerar que algunas de estos *acts* han sido motivadas por la incorporación al CEDH, en 1961, que obligó dar una mejor protección a algunos derechos fundamentales. Entre ellas destaca el *Human Rights Act* de 1988, donde (sección 22) se encuentran regulados algunos derechos y libertades fundamentales como el derecho a un juicio justo (art 6) el derecho a la legalidad (art 7), el derecho a la intimidad (art 8) y la libertad de expresión (art 10). En la Sección 12 se establecen garantías para las limitaciones judiciales a la libertad de expresión.

protección menor, puesto que asume que su carácter profesional los hace inmunes a presiones externas⁸¹⁹.

Cabe señalar que el *contempt of court* comenzó a ser objeto de cuestionamientos y propuestas de cambio con anterioridad a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, en pleno desarrollo del caso *Sunday Times*, se creó una Comisión, conocida como “Comisión Phillimore”, para estudiar posibles reformas a esta institución.

El Informe de esta Comisión⁸²⁰ fue publicado en diciembre de 1974, luego de tres años de análisis y debate, pero no fue hasta 1978 en que el gobierno elaborara el documento⁸²¹ que sirviera de antecedente a la nueva Ley de Desacato al Tribunal, finalmente aprobada en 1981.

Un punto especialmente cuestionado en la aplicación del *contempt* se relaciona con la posibilidad de decretar medidas restrictivas de la libertad de expresión frente a cualquier situación que provocase un perjuicio a la administración de justicia y a la imparcialidad judicial.

Esta causal era conocida como “doctrina del perjuicio” o “doctrina del perjuicio mínimo”, y puede verse claramente expuesta en algunas de las justificaciones dadas por los Lores para justificar las restricciones del caso *Sunday Times*. Por ejemplo, Lord Simon de GLAISDALE creía conveniente restringir cualquier comentario periodístico sobre casos pendientes, con excepción donde ya existiera un debate de gran interés público. “Siempre que el juicio esté pendiente el interés principal a proteger es la debida administración de justicia, sólo cuando el proceso termina debe permitirse una libertad total de prensa. Otro criterio sería, según su parecer, “una guía demasiado incierta” en una materia de tal magnitud⁸²².

Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló, subrayando que no tiene por tarea el pronunciarse sobre una interpretación del Derecho inglés adoptada en el seno de la Cámara de los Lores, que debía “afrontar el tema desde una perspectiva distinta. No se encuentra entre la elección de dos principios antagónicos, pero sí ante un principio -la libertad de expresión- sujeto a numerosas excepciones que deben interpretarse restrictivamente”⁸²³. Más categórico fue el fallo de minoría, que señaló que “las reglas del *contempt of court* tratan de impedir que se desarrolle en un procedimiento *sub judice* un estado espiritual que se traduzca en un perjuicio contra las garantías de imparcialidad del procedimiento judicial y que, por tanto, creen un clima de opinión capaz de perjudicar la buena administración de la justicia. En sentido contrario, el espíritu de la ley de *contempt* no es otorgar inmunidad judicial a todo juicio crítico. No era, pues, necesario subrayar en este

⁸¹⁹ Antonio FAYOS GARDÓ, (1987), op. cit. nota 773 p. 912.

⁸²⁰ James YOUNG, “*The Contempt of Court Act 1981*”, British Journal of Law and Society, Vol. 8, No. 2 (1981), p. 243. Este autor sugiere codificar todo el derecho penal relativo al resguardo de la administración de justicia.

⁸²¹ Nathaniel L. NATHANSON, (1979-1980), op. cit. nota 804, p. 1014.

⁸²² Christopher. J. MILLER, “*Contempt of Court*”, Oxford University Press, Nueva York (1990), p. 99.

⁸²³ *Mutatis mutandi*, CEDH No 5029/71, *Klass y otros v. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978, párrafo 42.

caso, y así lo hace la sentencia, que “los Tribunales no podrían funcionar en el vacío”. Nadie ha puesto esto en duda jamás”⁸²⁴.

Esta manifiesta y significativa diferencia entre el derecho inglés y las exigencias de la Convención Europea, más las críticas de parte de la doctrina⁸²⁵, llevaron a que en la Contempt of Court Act de 1981 (COCA 1981) sólo se considerasen como fundamento para invocar el *contempt* regulado por ella aquellas publicaciones que generaran un riesgo “sustancial” a la debida administración de justicia.

4.2.6.- El *contempt of court* después de la Regulación Realizada por la Contempt of Court Act de 1981 (COCA 1981).

FAYOS GARDÓ⁸²⁶ señala que de acuerdo a la Contempt of Court Act de 1981 se requieren cuatro elementos para configurar la figura de desacato:

1) El riesgo de afectar la debida administración de justicia debe ser sustancial⁸²⁷. De esta manera, se despejó completamente la duda planteada por la doctrina del perjuicio (sección 5), estableciendo claramente un espacio legítimo para la discusión prudente y de buena fe sobre procesos pendientes. Sin embargo, el concepto “sustancial” es sumamente abierto, y requiere, como siempre sucede con los conceptos de este tipo, de una decisión judicial. Con todo, el criterio aperturista señalado por la Contempt of Court Act de 1981 es evidente⁸²⁸.

⁸²⁴ El Informe de la CEDH presentado el 8 de junio de 1971, ya había cuestionado duramente la amplitud dada por la jurisprudencia a esta institución, y su incompatibilidad con las normas del Convenio, sugiriendo la necesidad de modificar y precisar dicha figura. Señalaba que podía recurrirse a estas medidas restrictivas de la libertad de expresión si se había provocado un riesgo o perjuicio grave a un proceso en desarrollo. Asimismo, la Comisión recomendaba no considerar como *contempt* el hecho de exponer a una de las partes en litigio a una influencia o presión, salvo maniobras intimidatorias o amenazas ilícitas contra su persona, sus bienes o su reputación.

⁸²⁵ Christopher J. MILLER, “*Contempt of Court*”, Oxford University Press, Nueva York (1990), p. 98: “La diferencia entre una publicación que simplemente considera los asuntos a determinarse (que difícilmente puede considerarse perjudiciosa) y uno que invite a los lectores a sacar conclusiones o sopesar las evidencias no siempre estará completamente clara”.

⁸²⁶ Antonio FAYOS GARDÓ (1987), ob cit nota 773, p. 912.

⁸²⁷ Stephen H. BAILEY, “*The Contempt of Court Act 1981*”, *The Modern Law Review*, Vol. 45, No 3 (1982), p. 304. Lord HAILSHAM, al momento de presentar el proyecto de ley a la Cámara de los Lores, aseguró que el fallo del tribunal europeo debía interpretarse en el sentido que cuando los derechos a la libertad de expresión y a un juicio justo e imparcial entraban en conflicto, “la justicia (...) iba primero, pero sólo hasta el punto (...) necesario en una sociedad libre”, entendiéndose por “necesario” lo “deseable” o “indispensable”.

⁸²⁸ James YOUNG (1981), op. cit. nota 820, p. 246. En este sentido, la ley lamentablemente no hace mucho para cambiar la apreciación de los jueces y – sobre todo considerando que por la existencia del *stare decisis* los jueces anglosajones tienden a mantener sus criterios interpretativos – hay poca evidencia que señale que van a adoptar una nueva.

Además, cuando el riesgo de incidir en un proceso sea incidental y se realice de buena fe mientras se analiza o debate un asunto de interés público, no se cae dentro de las categorías reguladas y sancionadas (Sección 5).

De todos modos, para reducir la discreción judicial, se han señalado algunos criterios que serían indiciarios de situaciones que podrían ser cubiertas por el *contempt*⁸²⁹.

Asimismo, se han señalado, en la sección 4, publicaciones expresamente autorizadas⁸³⁰, como por ejemplo las contemporáneas a un proceso celebrado en audiencia pública, realizadas con exactitud (suficiente) y buena fe (son sensacionalismo)⁸³¹.

Por otro lado, se prohíbe hacer pública cualquier información obtenida de los jurados, así como el intento de conseguir opiniones de los mismos. El objetivo de esta norma es asegurar al máximo la independencia y libertad de criterio de los jurados, y que según algunos autores, podría incluso extenderse a la publicación de las deliberaciones del jurado una vez que el juicio se encuentre terminado. En cualquier caso, esta mayor protección del jurado, establecida en atención del proceso antes que de ellos mismos, constituye una innovación frente al tratamiento dado al *contempt* por el *Common Law*.

2) Que el riesgo provenga de los medios de comunicación, es decir, de expresiones que tengan como destinatarios un público. En consecuencia, se puede cometer desacato a través de cualquier medio informativo, sea de la importancia que sea (periódicos, diarios, libros, televisión, internet, etc.)⁸³².

3) Que pueda afectar un proceso específico; por lo tanto, no puede alegarse que la publicación afecta a los intereses generales de la justicia.

4) Que dicho juicio esté pendiente⁸³³. Para facilitar la labor de la prensa y ofrecer mayores niveles de certeza, se señala claramente los criterios de inicio y término

⁸²⁹ Antonio FAYOS GARDÓ (1987), op cit nota 773, p. 913, señala que “Hay ciertos criterios que se han dado en la práctica para determinar en qué casos hay un *contempt* sancionado por la ley, ellos son:

- Cuando se hacen publicaciones que hagan comentarios sobre el carácter del acusado.
- Cuando se publica que el acusado ha confesado la realización del delito que se le acusa.
- Cuando se realizan “juicios paralelos” a través de los medios de comunicación. Este es uno de los tipos de desacato más graves que existen.
- Cuando se publica una investigación privada sobre asuntos que están pendientes (*sub indice*).
- Cuando se publican entrevistas a los testigos.
- Cuando se publican fotografías del acusado en el caso en que hayan problemas de identificación.
- Cuando se publican comentarios que minusvaloren o sobrevaloren el testimonio de los testigos.

⁸³⁰ También es interesante consignar que contra esta acusación caben dos excepciones, reguladas por las Secciones 4 y 5 del Acta de 1981, y dicen relación con informaciones fieles y ajustadas al desarrollo de un proceso público (que se publican coetáneamente y de buena fe, o que la publicación se hace como contribución a una discusión sobre asuntos públicos u otras materias de interés general (donde el riesgo de que obstruyan o perjudiquen un procedimiento concreto es una consecuencia incidental de la exposición general). Tomado de María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 248., p. 510.

⁸³¹ Antonio FAYOS GARDÓ (1987), op cit nota 773, p. 915.

⁸³² Antonio FAYOS GARDÓ (1987), op. cit. nota 773, p. 913-914.

⁸³³ Lo anterior ha sido confirmado posteriormente por otras normas complementarias. Así, *H.R.A. 1998* relativa a las libertades de expresión e información No se establecerán restricciones a las publicaciones anteriores a un juicio, salvo que – en opinión del tribunal – el actor haya fehacientemente probado que dicha publicación no debe realizarse (Sección 12(3)). *H.R.A. 1998* relativa a las libertades de expresión e información.

de un proceso⁸³⁴. Sin embargo, algunas de ellas, por sus propias circunstancias, serán difíciles de conocer, debiendo aplicárselas en consecuencia (el juicio penal, por ejemplo, puede iniciarse por una investigación u orden de arresto).

Una particularidad de la Contempt of Court Act de 1981 (COCA 1981) es que fija un criterio de responsabilidad objetiva (strict liability), por lo que cuando se alega y prueba la presencia de dolo, son aplicables las reglas del Common Law⁸³⁵. De este modo, la intención de interferir con la administración de justicia no es relevante para determinar la culpabilidad y aplicar las sanciones correspondientes⁸³⁶. Sin embargo, hay ciertas conductas eximentes de responsabilidad⁸³⁷, como el ya señalado respecto al desconocimiento de buena fe y previa diligencia debida de la existencia de procedimientos vigentes o inminentes⁸³⁸.

Finalmente, es importante considerar que el Contempt of Court Act de 1981 (COCA 1981) debe ser complementado con la HUMANS RIGTH ACT (H.R.A.)/1998, en especial con su sección 12, relativa a las libertades de expresión e información, a saber, que señala algunas consideraciones relativas a las restricciones legítimas a este derecho. Especialmente, recalca el carácter periodístico de determinada información, cuando esta es de interés público y ha sido hecho pública, o lo será pronto (Sección 12.4).

De esta manera, el derecho inglés entrega al Tribunal una serie de medidas para proteger al proceso de las intervenciones mediáticas. La más importante y más cuestionada de ellas, es la facultad que le permite posponer la publicación de informaciones relativas al juicio, por el plazo que estime razonable (Sección 4.2)⁸³⁹. Asimismo, entre otras, puede ordenar el comiso de las grabaciones realizadas sin permiso durante el proceso (Sección 9.3)⁸⁴⁰, y se faculta al tribunal a imponer penas de privación de libertad y/o de multas (secciones 14, 15 y 16). La intensidad de la pena tendrá diferentes márgenes, que dependerán principalmente del tipo de Tribunal y del área geográfica donde se aplique (en general, las penas aplicables son más severas en Inglaterra y Gales que en Escocia e Irlanda del Norte, ya que sus tradiciones jurídicas están menos familiarizadas con esta

⁸³⁴ Antonio FAYOS GARDÓ (1987), op. cit. nota 773, p. 914. Para ello, se distingue al menos entre juicios penales, civiles y apelaciones. Así, los primeros se consideran concluidos cuando por cualquier razón se ponga fin al proceso. Asimismo se considera el abandono de la causa, y cuando por ausencia de una de las partes el juicio no pueda proseguir, se establece un plazo limitado a 12 meses, hasta cuando comience nuevamente.

Por otra parte, el proceso penal se considera concluido desde que haya un acuerdo o una sentencia, veredicto o cualquiera otra decisión que ponga fin al proceso y por *discontinuance* u *operation by the law*. En caso de que la persona no sea habida, para evitar un *contempt* indefinido se establece un plazo de prescripción de 12 meses, transcurrido el cual el proceso deja de ser considerado pendiente, salvo que la persona posteriormente sea capturada (Sección 5). Los juicios civiles pueden considerarse iniciados desde que se hacen arreglos para la audiencia de juicio, o el comienzo de la misma sin ellos, y finalizados cuando estén *disposed, discontinued or withdrawn* (Sección 12). Similar criterio se utiliza para las apelaciones (Sección 15).

⁸³⁵ Ídem

⁸³⁶ Contempt of Court Act 1981, Londres, Reino Unido, 27 de Julio de 1981, Sección 1.

⁸³⁷ Antonio FAYOS GARDÓ, (1987), op. cit. nota 773, p. 915.

⁸³⁸ Contempt of Court Act 1981, Londres, Reino Unido, 27 de Julio de 1981, Sección 3, párrafo 1.

⁸³⁹ Contempt of Court Act 1981, Londres, Reino Unido, 27 de Julio de 1981, Sección 4 (2).

⁸⁴⁰ Contempt of Court Act 1981, Londres, Reino Unido, 27 de Julio de 1981 Sección 9 (3).

institución). El editor y distribuidor también pueden ser sancionados, salvo que demuestren buena fe y diligencia (sección 3)⁸⁴¹.

Cabe también mencionar que las “*injunctions*” en las que se ordenan la posposición de las publicaciones exigen que ellas sean precisas en cuanto a su tiempo y contenidos, y que no existan otras alternativas igualmente funcionales y menos gravosas para proteger la administración de justicia de un ataque serio respecto a un proceso iniciado o inminente (sección 4), lo que ha sido ampliamente criticado⁸⁴².

Luego de la sentencia del *Sunday Times*, han existido casos de aplicación del Contempt, donde es común que en los casos en que se haga referencia a esta figura se señale expresamente que las restricciones aplicadas han tenido en consideración la Convención Europea y la Humans Righth Act (H.R.A.) de 1998, y resultan compatibles con ellas. Nos referiremos brevemente a tres de ellos.

1) El caso *Attorney General v. Associated Newspapers Limited and Others* se refiere a la ya mencionada sección 8.1 de la Contempt of Court Act de 1981 (COCA 1981), que impide obtener información acerca de las deliberaciones del jurado (desacato criminal), y se origina cuando uno de los apelantes, estando pendiente el recurso, publicó un artículo cuestionando las capacidades de algunos miembros del jurado, en el marco de un juicio sobre fraude conocido como el *Blue Arrow Trial*.

Ante ello, el Fiscal General interpuso una demanda por desacato. El tribunal consideró que si bien la prohibición sólo era aplicable a los miembros del jurado, la publicación era igualmente inadecuada, sancionando con multas a los autores. La Cámara de los Lores confirmó la sentencia, señalando que el sentido de la prohibición era impedir la publicación de determinadas informaciones, independiente de quién las realizara (1994)⁸⁴³.

2) El caso *Attorney General v. Punch Ltd. and another* se refiere a la vulneración de una resolución judicial (desacato civil doloso, pues la prohibición era conocida) que prohibía publicar documentos secretos y que afectaba a un ex agente de inteligencia, exigiendo someter al Fiscal la lectura previa de las notas que fuesen a publicarse⁸⁴⁴.

El conflicto se desató en julio del 2000, luego que el fiscal, consultado por un nuevo artículo, que contenía en buena medida información que ya publicada en agosto de 1997, aconsejara su modificación. El Editor hizo las modificaciones por sí mismo, recibiendo las sugerencias del Fiscal cuando el artículo ya se encontraba en prensa, lo que llevó a la condena del medio. Sin embargo, la sentencia de apelación revocó las multas, argumentando que la vulneración de la prohibición, y por tanto el caso en cuestión, se refería antes a materias de seguridad nacional que de protección de la autoridad judicial. Luego, la Cámara de los Lores volvió al primer criterio⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ Ejemplos en María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 248., p. 510 (nota al pie 38).

⁸⁴² Esta última situación ha sido considerada como desproporcionada o excesiva por la mayor parte de la doctrina. María Isabel VALLDECABRES ORTIZ (2004), ob. cit, nota 4, p. 513.

⁸⁴³ Contempt of Court Act 1981, Londres, Reino Unido, 27 de Julio de 1981, párrafo 13 y 14.

⁸⁴⁴ Contempt of Court Act 1981, Londres, Reino Unido, 27 de Julio de 1981 párrafos 8-10.

⁸⁴⁵ Contempt of Court Act 1981, Londres, Reino Unido, 27 de Julio de 1981, párrafos 47-57, 73-85 y 104-107.

3. Otro caso interesante sobre estas mismas materias fue el *Attorney General v. British Broadcasting Corporation*, originado en una resolución que prohibió a la BBC informar sobre un caso de venta de títulos nobiliarios que involucraba a uno de los Lores⁸⁴⁶, bajo el argumento de que *ello* podía impedir o dificultar tanto la investigación criminal como la adecuada administración de justicia⁸⁴⁷. La orden fue modificada posteriormente y finalmente levantada, tras la apelación de la BBC⁸⁴⁸.

4.2.7. Posibilidades y perspectivas derivadas de la utilización del *contempt of court*.

Para algunos analistas, la existencia de esta figura es una clara muestra de los diferentes niveles de desarrollo de la libertad de expresión entre Gran Bretaña y el resto de los países del mundo, especialmente entre aquellos que cuentan con una constitución escrita, donde Estados Unidos llevaría, en general, la posición de vanguardia.

Pero al mismo también se puede decir que la mayor protección institucional dada a la administración de justicia refleja una especial valoración del derecho a ser juzgado en forma justa, se refleja en la credibilidad internacional de que gozan sus Tribunales⁸⁴⁹.

Probablemente, ello también se relacione con una relación menos problemática con la autoridad política y con las situaciones de abuso de poder, ciertamente influido por su larga historia de respeto y estabilidad institucional, frente a las cuales la libertad de expresión cobra una especial importancia.

Para nosotros, y pese a que el carácter tradicional e histórico de esta institución del *common law* es innegable, nos parece que presenta un típico caso de necesidad de balanceo entre distintos bienes jurídicos, frente a lo que el legislador ha fijado algunas pautas previas.

De hecho, la diferencia en los fundamentos legales y normativas entre ambos países no es significativa, y la diferencia ha derivado sustancialmente de interpretaciones jurisprudenciales realizadas frente a casos particulares, es decir,

⁸⁴⁶ British and Irish Legal Information Institute, *Attorney General v. British Broadcasting Corporation*, 12 de Marzo de 2007. También se prohibió informar sobre los fundamentos de la resolución que establecía la prohibición.

⁸⁴⁷ *Attorney General v. British Broadcasting Corporation*, 12 de Marzo de 2007, párrafos 18-26.

⁸⁴⁸ *General v. British Broadcasting Corporation*, 12 de Marzo de 2007, párrafos 6-8.

⁸⁴⁹ James YOUNG, op. cit. nota 820, p. 246. Según la doctrina y jurisprudencia británicas, no es posible situar el derecho a la libertad de expresión en un lugar preeminente a los del procesado a una adecuada impartición de justicia, por cuanto ello le acarrearía un déficit de garantías procesales intolerable. Por lo demás, esta profunda convicción va acompañada por la idea generalizada de que “algunos de los riesgos generados por la actuación de los medios de comunicación son muy graves y a menudo irremediables, por lo que prevenirlos es una necesidad derivada, especialmente, de la tutela que merece el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial”.

Cuando la Cámara de los Lores falló en última instancia a favor de mantener la prohibición de publicar recaída sobre el diario *Sunday Times*, la mayoría de sus miembros adoptó el criterio – que se ha venido en denominar “doctrina del prejuicio” – de que a cualquier publicación prejuiciosa, por pequeña que pudiera ser su influencia sobre un proceso en curso, era sancionable por desacato.

aplicando distintos criterios y “pesos” a los bienes involucrados en una disputa, a la hora de realizar el ejercicio de ponderación⁸⁵⁰.

Por tanto, no sería impropio invocar las argumentaciones desarrolladas por la tradición inglesa en otras latitudes, ni viceversa, cuando en definitiva lo que un tribunal tendrá que evaluar será la pertinencia de tomar o no tomar una medida en un caso concreto, derivado de la necesidad de proteger un bien jurídico que se plantea puntualmente como más relevante. La única diferencia serán aquellas medidas que requieren una autorización legal previa. Pero también podrían adoptarse normativas similares en Europa continental u otras partes.

La figura del desacato, referida a la protección especial de las autoridades públicas, ha sido ampliamente cuestionada por restringir uno de los derechos fundamentales más relevantes dentro de la organización democrática, so pretexto de preservar el orden y aislar a las autoridades de la crítica pública. Aún es posible ver resabios de ella en países con desarrollos institucionales más recientes, como por ejemplo los latinoamericanos. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido especialmente enfática en su crítica, recomendando a los Estados miembros que aún la conserven, derogarla o modificarla, ajustando sus normativas a las exigencias del derecho internacional⁸⁵¹. Sin embargo, en asuntos relacionados con la crítica a los tribunales y especialmente frente a juicios pendientes, la situación puede ser objeto de matices, ya que los jueces tienen deber de discreción, y las actuaciones y comunicaciones mediáticas pueden afectar los derechos de las partes y la confianza que la sociedad debe tener sobre la capacidad de los Tribunales de resolver el asunto en forma justa y apegada a derecho.

Por tanto, las críticas realizadas al desacato como figura general deben ser ponderadas de modo diferente cuando la autoridad cuestionada es el poder judicial, ya que como hemos señalado, en estos casos el bien protegido no es el prestigio del juez, sino la imparcialidad del tribunal y la autoridad del poder judicial, ambos establecidos en función del interés general. Siendo así, en los últimos años se han levantado voces que señalan que algunos de los elementos de esta figura pueden ofrecer interesantes posibilidades para la construcción de soluciones a la evidente tensión que hoy muestran las relaciones entre medios de comunicación y poder judicial. Por ejemplo, ORENES RUIZ ha señalado que esta institución presenta ventajas sobre el sumario, por lo que podría ser observado con interés por España y otros países⁸⁵².

Naturalmente, las restricciones a la libertad de expresión por esta vía deberán cumplir todos los criterios exigidos por la lógica de la ponderación, y deberán ser excepcionales. Sólo de esta manera la figura del contempt podría enriquecer

⁸⁵⁰ Sydney KENTRIDGE, “Freedom of Speech: Is It the Primary Right?”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, No. 2 (1996), p. 255.

⁸⁵¹ Ver por ejemplo, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, párrafo 11, o cualquiera de los Informes anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁸⁵² Hemos señalado que se han planteado numerosas propuestas de adaptar algunos de los elementos del contempt en el derecho continental, dada las ventajas de flexibilidad, adaptabilidad y eficiencia que tiene frente al secreto de sumario. Sin embargo, cualquier adopción debiera considerar las exigencias propias de la tradición continental, especialmente en materia penal (escrituración, legalidad, certeza, dolo, entre otros).

nuestros sistemas jurídicos⁸⁵³, generando un adecuado equilibrio entre las necesidades de la justicia y el rol que cabe a la libertad de información y a la opinión pública en una sociedad democrática (que entre otros objetivos busca favorecer que los tribunales se comporten en forma adecuada y ajustada a derecho).

IV.- Propuestas adicionales para disminuir la tensión existente entre la libertad de información y administración de justicia.

Existe consenso en que la publicidad judicial ha sido establecida principalmente en favor de la corrección del procedimiento y la protección de las partes involucradas, aunque cumple también una función institucional que es destacada crecientemente.

También sabemos que existen situaciones en que el principio de publicidad y la libertad de información operan en sentido inverso, generando daños a los bienes que se buscó originalmente proteger.

Como consecuencia de ello, la relación de la prensa con el Poder Judicial enfrenta una serie de problemáticas reales, que están generando una creciente preocupación en muchas sociedades. Muchos medios, en distintas partes del mundo, están tomando medidas en tal sentido, y comienzan a abundar las publicaciones y encuentros de diverso tipo para analizar esta situación. Por ello, es probable que durante las próximas décadas, se ensayen diferentes propuestas de regulación o articulación de estas relaciones, tanto en el plano teórico como normativo, pudiendo anticipar que ellas tendrán un especial cuidado de aumentar la protección y maximización de los derechos fundamentales relacionados.

Estos problemas afectan a toda la sociedad, más allá de las puntuales ventajas inmediatas que puede ofrecer a las partes, abogados o jueces. Por ello, “la judicatura, la prensa y la abogacía, como una cuestión de orden público, tienen la obligación de tratar de resolver este creciente conflicto”⁸⁵⁴.

Dado el rol asignado al Estado en el Derecho contemporáneo en cuanto a la tutela de los derechos constitucionalmente protegidos, debemos exigirle permanentes esfuerzos de perfeccionamiento, ajuste y modernización de las reglas e instituciones que nos rigen, de modo de hacer frente a los desafíos que presenta cada momento histórico. En la actualidad, y en la materia que analizamos, ello lo obliga a abordar el problemático mundo de las relaciones existentes entre los medios de comunicación y la Administración de Justicia.

Las posibilidades de las reformas legislativas son limitadas⁸⁵⁵, a lo que se suma la dificultad de encontrar un punto de equilibrio que garantice todos los bienes e

⁸⁵³ Entre los factores que deberían considerarse están la magnitud del riesgo y su probabilidad, el órgano a que afectará (juez o jurado) y la proximidad de los momentos decisivos del caso (deliberación y fallo del caso, presentación de testigos, etc) entre otras.

⁸⁵⁴ Jack LANDAU, “*Fair Trial and Free Press: A Due Process Proposal*”, American Bar Association Journal, Vol. 62, Issue 1 (1976), p. 57.

⁸⁵⁵ María PERAL (2012) op. cit. nota 5, p. 156.

intereses en juego en forma efectiva⁸⁵⁶. Sin embargo, como veremos, también hay una serie de medidas que pueden adoptarse y que contribuirían a reducir las tensiones existentes y que pueden ser adoptadas sin participación del Estado, y que dicen relación principalmente con las exigencias y autolimitaciones que pueden adoptar la prensa, los abogados y en general todos los involucrados.

Existe consenso en que los medios de comunicación tienen un rol fundamental que cumplir en una sociedad democrática, por lo que se le ha dotado de un estatuto protector especialmente fuerte.

Para algunos autores ellos son un poder real, “con una regulación especialmente llamativa por ausente, sobre todo por la ausencia de los controles y contrapesos eficaces que todo poder democrático debe tener. En una sociedad democrática, se debe poder contrarrestar y evitar las posibles arbitrariedades que se puedan desarrollar”⁸⁵⁷.

Como una primera aproximación, todo indica que la técnica de regulación debe ir antes por la línea de las soluciones sectoriales antes que las globales (ejemplos de éstas últimas podrían ser la suspensión del procedimiento o la punibilidad generalizada para la difusión de información), ya que estas son igualmente eficaces desde un punto de vista del resultado, pero logran salvaguardar en mejor modo la libertad de expresión e información y la publicidad como garantía de control social del proceso penal, aspectos todos de máxima importancia dentro de un Estado democrático.

Analizaremos algunas de las medidas que podrían ayudar en este sentido, y que complementan a las ya señaladas al analizar cada uno de los bienes jurídicos protegidos y que caracterizan la problemática existente entre la administración de justicia e información.

1.- Deberes y responsabilidades de los medios frente a la transmisión de noticias judiciales.

La libertad de información y la publicidad propia del proceso ofrece un amplio espacio de libertad para comunicar hechos y emitir opiniones en materias relativas a la Administración de Justicia, incluyendo los procesos en curso. Pero el ejercicio de este derecho no ofrece espacios ilimitados, permitiendo regular, modular y limitar el ejercicio del derecho, así como propiciando por parte de los informadores conductas responsables y respetuosas.

Las problemáticas esbozadas en este trabajo han llevado a muchos autores a proponer una regulación integral del ejercicio de las facultades informativas en materias vinculadas a la Administración de Justicia. Pero dada la diversidad de criterios y el poco desarrollo que este tema muestra, el resultado de un ejercicio

⁸⁵⁶ Alberto RUÍZ GALLARDÓN (2012), op. cit. nota 660, p. 29: “El legislador no debe recortar ninguno de esos derechos, pero sí reforzar aquél que esté manifiestamente desprotegido”.

⁸⁵⁷ Pedro APALATEGUI ISASA, ob. cit., nota 48, p. 201. Más aún: “El problema en EE.UU. tal y como puso de Manifiesto el Caso Shephard, es que es el juez quien tiene el control, quien tiene el deber y la obligación de garantizar el procedimiento y los derechos del imputado. Pero no podemos imaginar cómo un juez americano puede, por sí mismo, controlar la potente e internacional prensa americana”. Ponencia Lord Daniel BRENNAN, ob. cit., nota 628, p. 192.

regulativo de este tipo es incierto y potencialmente negativo, dada la rigidez y estabilidad en el tiempo que normalmente impone una norma jurídica.

Esta situación ha sido advertida por los medios de comunicación y demás involucrados, y ha obligado a reconocer sus deberes y responsabilidades en estas materias. Adicionalmente, al establecer diferentes pautas y criterios de prudencia se logrará disminuir la presión y urgencia de una restricción o regulación impuesta en forma externa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llamado la atención sobre este punto, afirmando que “cuando comentan procesos criminales pendientes (...) los límites de las publicaciones permitidos no pueden extenderse a afirmaciones que puedan perjudicar, intencionalmente o no, las posibilidades de una persona de recibir un juicio justo o minar la confianza del público en el rol de los tribunales en la administración de justicia penal”⁸⁵⁸.

Asimismo ha señalado que “los periodistas que cubren procesos criminales que se están llevando a cabo deben asegurar que no traspasarán los límites impuestos en interés de la correcta administración de justicia y que respetarán el derecho del acusado a que se presuma su inocencia”⁸⁵⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha señalado que quienes gozan de la amplia protección otorgada por la libertad de expresión, debieran tener en consideración los derechos de quienes participan en un proceso⁸⁶⁰.

De acuerdo a estas pautas, sería conveniente que los medios asumieran la responsabilidad de dar una visión más completa sobre las causas judiciales, pues se observa una gran desproporción entre la cobertura inicial y la casi nula cobertura del fallo final⁸⁶¹.

La solución de la “atención ampliada” sugerida por ECO supone que los medios renuncien “a convertirse en un semanario de actualidad, y se convierte en austera y fidedigna mina de noticias sobre todo lo que sucede en el mundo; no hablará sólo del golpe de estado ocurrido ayer en un país del Tercer Mundo, sino que habrá dedicado a los acontecimientos de este país una atención continua, incluso cuando los hechos por venir estaban incubándose, consiguiendo explicarle al lector por qué (por cuales intereses económicos o políticos, incluso nacionales) había que prestar atención a lo que sucedía en esa parte del mundo”⁸⁶².

⁸⁵⁸ CEDH No 22714/93, *Worm v. Austria*, de 29 de Agosto de 1997, párrafo 50.

⁸⁵⁹ CEDH No 34000/96, *Roy et Malaurie v. Francia*, de 3 de Octubre de 2000, párrafo 34.

⁸⁶⁰ *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

⁸⁶¹ Ello demuestra que el ánimo de informar no es se maneja seriamente, o al menos se realiza sin éxito, a diferencia del interés periodístico por sorprender y “golpear”, propio de las primeras etapas de la investigación (denuncia, etc.). A esto, debemos reconocer que también contribuye la lentitud y formalismo de la justicia, que hace poco atractivo el seguimiento de la noticia o la comunicación de la sentencia, por ejemplo, cuando esta ocurre varios años después de conocidos los hechos denunciados.

⁸⁶² Umberto ECO, “*Sobre la Prensa*”, en “*Cinco Escritos Morales*”, trad. de Helena Lozano Miralles, Editorial Lumen, Barcelona (1998). Desgraciadamente, ello no nos parece posible ni exigible jurídicamente, pues ello no es función de la prensa.

2.- Especialización del periodismo.

Una medida que podría contribuir significativamente a la mejor información de los asuntos judiciales está relacionada con la capacidad técnica de los periodistas y la conciencia que deben tener de su rol social, así como de los diferentes perjuicios que el uso inadecuado de su actividad puede generar a otras personas, a las instituciones y a la sociedad. No pocas veces se ha señalado que el desconocimiento del lenguaje y la realidad el derecho ha llevado a muchos periodistas a generar daños evitables, sobre todo considerando la buena fe con la que han actuado. Por ello, como en todas las cosas, el conocimiento facilitará un menor margen de error⁸⁶³. En España han existido varias iniciativas que apuntan en este sentido⁸⁶⁴.

La necesidad de una adecuada cultura jurídica previa puede ser considerada una necesidad ética del ejercicio del periodismo, no sólo aplicable, aunque si más intensamente, a aquellos que cubren el mundo de los tribunales. Del mismo modo, la existencia de un público mejor formado, constituye un mecanismo de mercado que inevitablemente llevará a las empresas informativas a mejorar la calidad de sus entregas noticiosas.

3.- Ejercicio de acciones de responsabilidad civil frente a las informaciones que provoquen daño.

Otra forma de perseguir las responsabilidades originadas por un uso inadecuado de las libertades informativas está dada por vía de las herramientas e instituciones que ya ofrece el derecho civil, a las que podrían sumarse otras (establecimiento de delitos civiles de responsabilidad objetiva, responsabilidad solidaria o subsidiaria de periodistas, editores, directores y propietarios, entre otras).

Este tipo de medidas resultará especialmente valiosa dada la creciente reticencia a la utilización de las medidas preventivas o previas (que de hecho en el sistema interamericano son proscritas del todo), y las problemáticas que implica la

⁸⁶³ Una mayor capacitación de los profesionales de la información eliminaría la causa de la mitad de los errores graves más habituales en la información judicial, provocados por el absoluto desconocimiento de la materia sobre la que se informa”. Gabriela BRAVO, (2012), op.cit. nota 2, p. 52.

⁸⁶⁴ Entre las iniciativas que van en este sentido cabe mencionar el libro verde del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que entre sus recomendaciones (número 90) cuenta con “acordar con los colegios profesionales de periodistas y con los medios de comunicación, la formación necesaria de sus profesionales para que tengan una información adecuada de la Administración de Justicia y puedan transmitir a los ciudadanos una visión más fidedigna”. Asimismo, la Comunidad Autónoma de Cataluña firmó el 17 de noviembre del 2003, junto con el TSJ y el Consell de la Informació, un acuerdo para mejorar la formación de los profesionales de la información que se dedicaran al ámbito judicial, recomendando a los medios facilitar la formación en tal sentido de sus profesionales (ambas citado por Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 293).

aplicación de sanciones de naturaleza penal⁸⁶⁵, que además no parece haber mostrado buenos rendimientos en estas materias⁸⁶⁶.

Pero debe recordarse que las sanciones civiles pueden tener un rol silenciador incluso más fuerte que las sanciones penales, por lo que en su regulación y aplicación deberá tenerse un especial cuidado. Aunque también hay quienes sostienen que “las indemnizaciones cuantiosas permiten mostrar a la opinión pública el daño causado y obligan al medio de comunicación a plantearse previamente si merece o no la pena, económicamente hablando, publicar en esas condiciones”⁸⁶⁷, favoreciendo el autocontrol y la responsabilidad del medio y de sus controladores sobre los actos de sus informadores.

En términos generales, creemos que las reglas para establecer reparaciones pecuniarias en materia civil seguirán las normas generales aplicables a estos asuntos, basadas en el principio de quien cause un daño injusto a otro estará obligado a repararlo. Aunque también corresponderá a la jurisprudencia modular criteriosamente el ejercicio de esta facultad, tanto a nivel de montos como de criterios para la aceptación de demandas. En este sentido, un punto que podría ser de gran utilidad sería la exigencia de criterios de diligencia más elevados para ofrecer a las comunicaciones que puedan afectar a los intereses de la justicia y de quienes participan en ellos la protección del artículo 20.1.d Constitución Española⁸⁶⁸.

Cuando estos perjuicios provengan del ejercicio de las libertades comunicativas, la evaluación de los daños y de la legitimidad de los mismos deberá considerar la especial protección que el ordenamiento jurídico da a estos derechos, y tendrá generalmente la dificultad adicional de la evaluación de los perjuicios de tipo moral⁸⁶⁹, o incluso los de naturaleza disuasiva (“punitive damages”).

Asimismo, parece apreciarse un avance en la determinación de responsabilidades objetivas, que incluso podrían llegar a reemplazar los tipos penales de injurias y calumnias, estableciendo sólo responsabilidades pecuniarias u otras sanciones propias de los delitos civiles⁸⁷⁰.

Sostiene ROXIN que el honor puede ser protegido mediante el derecho civil, ya sea sancionando su existencia con indemnización de perjuicios (incluyendo daño moral) y obligación de abstenerse o de callar, materias en las que las prácticas

⁸⁶⁵ Dentro de las medidas que es posible adoptar en forma posterior, debemos agregar también el derecho a réplica o rectificación, ya mencionado en la sección relativa a la titularidad del derecho a la información, por su evidente vínculo con la necesidad de informar adecuadamente y en forma pluralista y veraz.

⁸⁶⁶ ROXIN señala que en Austria las dificultades para acreditar la efectiva influencia de la comunicación en el proceso hacen poco operativo el precepto (en los diez primeros años de vigencia sólo existió una condena. Claus ROXIN, ob. cit, nota 44, p. 77 y 78.

⁸⁶⁷ “Así ocurrió, por ejemplo en el caso de los padres de Madeleine McCann, donde la indemnización alcanzó el medio millón de libras”. Lord Daniel BRENNAN, ob. cit., nota 628, p. 193. El autor además señala que “desde el punto de vista de la víctima de un juicio paralelo injusto, el remedio más efectivo con el que cuenta el sistema legal inglés, es el ejercicio de la demanda por difamación”.

⁸⁶⁸ Abraham BARRERO ORTEGA, “Juicios Paralelos y Constitución: su Relación con el Periodismo”, Revista Latina de Comunicación Social, Vol. 5, No. 47 (2002), p. 182.

⁸⁶⁹ CEDH No 26958/95, *Jerusalem v. Austria*, de 27 de febrero de 2001, párrafo 54.

⁸⁷⁰ Por ejemplo, en Chile, el Proyecto de Ley de Protección del Honor y de la Intimidad de las Personas, (BOLETÍN N° 2370-07).

judiciales se quedan rezagadas respecto de las posibilidades legales. Para ello, bastaría con utilizar el soporte supranacional de la presunción de inocencia, reconocida por muchos de los tratados suscritos por los países Europeos. Si bien reconoce que el artículo 6.II del Convenio Europeo sólo obliga formalmente al Ejecutivo “el pensamiento jurídico recogido en la presunción de inocencia puede extenderse a los medios de comunicación que realizan una función pública”⁸⁷¹.

Más aún, la presunción de inocencia obligaría a callar y a indemnizar a los medios, aún en los casos en que luego se pruebe que los hechos imputados eran ciertos (en cuyo caso admite que la condena podría ser menor, cosa que no compartimos). Ahora bien, ni en Alemania ni en España ello cabe en el tipo de calumnias, si los hechos se reputan verdaderos en un juicio, aunque las acciones civiles podrían bastar para lograr los objetivos buscados, evitándose la tipificación de la acusación infundada, vinculada o no a un “juicio paralelo”.

4.- Educación de la opinión pública en materias relacionadas con la Administración de Justicia.

Dada la dificultad de establecer cambios normativos consensuados y exentos de riesgos en estas materias, se han mencionado una serie de medidas que podrían ayudar a disminuir la tensión entre comunicación y Administración de Justicia. De entre ellas, sin duda la más importante y de mayor utilidad es mejorar es contar con una opinión pública atenta, robusta e informada.

Estamos seguros que gran parte de lo señalado en este trabajo no sería necesario si todos los ciudadanos de un país supieran informarse, discriminar, pensar por sí, dudar de la información recibida, conocer las exigencias y ritualidades propias de una democracia moderna, así como de sus principales instituciones, pues “para entender el peso de una noticia dada de forma esencial es necesario un ojo educado”⁸⁷².

El Estado, ya sea a través del Poder Ejecutivo o del organismo encargado del Gobierno Judicial, podría desarrollar importantes campañas de información y formación de periodistas, e intervenir informativamente en los casos de mayor relevancia o interés, incluso facilitando material, apoyo, opinión, criterios de actuación, explicación de procedimientos y del derecho, etc. De paso, ello permitiría mejorar la imagen de la justicia y la confianza de la sociedad en el Estado de Derecho y en su sistema de tribunales, y forzaría a los medios a realizar un trabajo periodístico de mejor calidad.

⁸⁷¹ Dice textualmente ROXIN que “el Tribunal Supremo Federal ya en 1963 (1) concedió una indemnización por daño personal a un acusado que había sido considerado en un diario como el jefe de una banda criminal, y que posteriormente fue absuelto, tras ser probada su inocencia. Igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Colonia (2) reconoció una indemnización por daño personal por valor de 10.000 marcos alemanes, a un funcionario al que un informativo había culpado de corruptibilidad, y frente a quien, posteriormente, no fue posible, por falta de pruebas, ni siquiera dar comienzo al juicio oral”. Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 79.

⁸⁷² Umberto ECO, “Sobre la Prensa”, en “Cinco Escritos Morales”, trad. de Helena Lozano Miralles, Editorial Lumen, Barcelona (1998), p. 7

5.- Cambio de orientación de las relaciones entre el Poder Judicial y los medios: del conflicto a la colaboración.

La tradición de hermetismo e incomunicación del Poder Judicial con la sociedad, así como de las disciplinas que lo estudian y abordan, ha dejado de ser funcional, y requiere un cambio estructural que implica transformaciones de gran envergadura, pues existen muchas variables relacionadas con la función judicial, que si son alteradas, pueden afectarla (o dicho de otro modo, se puede intervenir la función judicial desde la periferia, desde el entorno)⁸⁷³.

Los órganos que ejercen la función jurisdiccional, y sus colaboradores y auxiliares, no pueden ser indiferentes a las condiciones y circunstancias que los rodean, porque lo que comuniquen al entorno y lo que reciban de este, tendrá, al final del día, mucha relación e incidencia en ellos mismos. Por ello, el problema de las relaciones comunicativas entre la función judicial y el entorno social, sólo puede ser adecuadamente resuelto de manera sistemática, entendiendo el papel del Juez en el Estado constitucional para preservar las libertades de todos y custodiar las reglas modernas de la división de poderes públicos y privados.

Para ello, en primer lugar debemos preguntarnos cuáles son las funciones de un juez.

Evidentemente, su función primordial y constitutiva será la de resolver conflictos entre partes, de acuerdo a derecho y con efecto de cosa juzgada. Sin embargo, no es claro que dentro de sus funciones este el proveer a la opinión pública de la información necesaria para satisfacer su interés noticioso, para analizar y supervigilar la correcta actuación del Poder Judicial y mantener la confianza básica en las instituciones y en la vigencia del derecho (aunque el tema se volvería más discutible si su función fuera asegurar la paz social y la vigencia del derecho, para lo cual debe hacer muchas acciones asociadas).

Creemos que si aplicamos una lógica de división de roles y responsabilidades, propia de la sociedad funcionalizada, la misión de informar debe recaer en un órgano diferente de quien tiene la compleja, relevante y nada fácil tarea de fallar.

Es decir, el juez debiera concentrar sus energías sólo en aplicar el derecho, invadiendo otros ámbitos o asumiendo otras funciones (siempre que ellas fueran complementarias a su actividad principal) o que nadie más pudiera realizarlas, y teniendo siempre en consideración que el perjuicio que ocasionaran al rol de juzgador no fuesen relevantes (por ejemplo, distracción excesiva de energías o deterioro a sus expectativas de independencia), y que al mismo tiempo se determine que no corresponde o no conviene que esos daños puedan ser asumidos por terceros (por ejemplo, simple ausencia de información).

Por otro lado, las razones prácticas que llevan a recomendar a los jueces separar aguas con la prensa son muchas y muy relevantes. Por definición, la justicia es más lenta que lo deseable (el hombre aspira a la justicia instantánea), lo que significa que siempre los tribunales tienen retraso y recarga de trabajo. No siendo conveniente agregar una función más, no esencial a su labor (salvo que se considere que ella si es esencial, cosa que nosotros no creemos y que hasta ahora

⁸⁷³ Existe una tensión entre jueces y periodistas. Los primeros se quejan en general desconfían del relato que los medios pueden hacer y los segundos se quejan de las dificultades existentes a la hora de acceder a la información. Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 89.

nadie ha sido capaz de demostrar en forma convincente).

Además, el contacto directo con la prensa puede despertar en algunos magistrados un desmedido afán de protagonismo escénico, lo que puede derivar en una desatención del trabajo jurisdiccional y de la resolución de los casos en particular, la realización de juicios adelantados, los deseos de aprovechar la popularidad ganada mediáticamente en otras áreas (libros, conferencias, cargos de elección popular, etc.), la inclinación a caer en el sistema periodístico, con su lógica y reglas tácitas, que llevarán a entregar información dañina a los intereses de las partes o terceros, o datos que permitan inferir conjeturas para la burlar la investigación y el ocultamiento de la prueba, presiones populares, entre otros.

En este punto, vinculado con la imparcialidad y profesionalismo del juez, hay que ser muy enfáticos en señalar que no es necesario que los riesgos se materialicen realmente, sino que basta con que exista un razonable temor de producirse el perjuicio para invalidar esta apertura. En efecto, las garantías que protegen a los ciudadanos frente a la actuación del estado, deben ser garantizadas tanto en las formas como en el fondo, permitiendo a cualquier inculpado tener la razonable certeza de que sus derechos fundamentales serán respetados, y que las garantías procesales existen realmente.

En el fondo de este planteamiento se observa una necesidad de cambio cultural, pues esta explica buena parte de la conducta de los jueces⁸⁷⁴

Finalmente diremos que la importancia de este tema y la falta de soluciones definitivas e uniformes en el contexto Europeo nos permite anticipar un importante desarrollo normativo y doctrinario sobre el particular durante los próximos años⁸⁷⁵.

6.- La necesidad de la comunidad de estar informados sobre los asuntos judiciales y rol que cabe al Estado en dicha labor.

¿A quién le corresponde la responsabilidad de que la información que se da respecto al trabajo de la función judicial sea entendible correcta y suficiente? ¿Quién debe velar porque la información exista y llegue a quienes la requieren y necesitan? Las preguntas anteriores no son ni pueden ser triviales, porque el ideario de la democracia representativa requiere y exige que los ciudadanos sean periódicamente informados.

Bajo esas circunstancias, cuando nos referimos a una actividad pública de la relevancia de juzgar de acuerdo a derecho, con facultad de imperio y efecto de cosa juzgada, la comunicación con la ciudadanía, con el entorno, es

⁸⁷⁴ Marina KURKCHIYAN, entiende por cultura legal "el comportamiento de orden jurídico que emana de actitudes compartidas, expectativas sociales y modos de pensar arraigados". Es decir tiene que ver con el modus operandi de cada sociedad, de la valoración que ya tiene sobre lo que se hace, sobre lo correcto o incorrecto. Es interesante destacar que hay una cultura legal interna, compartida por los actores jurídicos y una cultura legal externa, más propia del resto del público, aunque pueden ser coincidentes en muchos sentidos ya que los jueces son al mismo tiempo personas jueces y ciudadanos. Marina KURKCHIYAN, *"Judicial corruption in the context of legal culture"* pág 99-100, en Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems. Transparency International. Cambridge University Press (2007).

⁸⁷⁵ Sobre este punto, ver Antonio Francisco VELASCO SANZ, *"Acceso a la información judicial en el derecho comparado: España, Francia, Italia, Portugal, Reino Unido e Israel"*, La ley (2014).

particularmente crítica y de interés de todos. El encargado del Bien Común o del interés general debe generar las condiciones para que estos bienes, tan deseables, existan, porque de ellos depende la calidad de la vida democrática e institucional.

Para que ello sea posible, es necesario que la sociedad tenga una opinión del sistema judicial, y de cada uno de sus integrantes en particular. Y también es importante que esa opinión sea justa y fundada en datos verdaderos, acordes con la realidad, es decir, que no obedezcan a una manipulación propagandística. Esta es otra razón por la que radicar esta responsabilidad fuera de la competencia de los propios observados, es conveniente.

Establecer cauces informativos adecuados entre los distintos integrantes del sistema judicial, es una necesidad de la sociedad democrática que debe ser asumida por el Estado⁸⁷⁶. Sin ella, no hay ni confianza, ni bienestar, ni ciudadanos capacitados para participar en una democracia.

Una discusión que debe darse en un plano diferente, es la prioridad social, la forma, el momento y la intensidad de su implementación. Ya hemos señalado que esa tarea, propia del Estado, debe realizarse sin provocar un perjuicio a la labor jurisdiccional, pero serán decisiones más flexibles y prudentiales las que lleven a resolver cuando será necesario implementar las diferentes campañas comunicacionales necesarias en cada momento. Incluso, puede ser justo y razonable que ella -la campañas de comunicación sobre el Poder Judicial- en algún momento sea postergada a favor, por ejemplo, de una campaña sanitaria mayor (una campaña de prevención de una epidemia).

En este punto es necesario hacer una distinción importante, porque una cosa será educar, otra cosa será el facilitar el acceso de la comunidad frente al mundo judicial, y otra muy diferente será el establecer vías y formatos únicos y facilitados de acceso a la información, pues ello inclinaría peligrosamente a los encargados hacia actos de manipulación.

Creemos que la información relevante siempre debe estar a disposición del público (ojalá en forma completa y utilizando tecnología facilitadora, como por ejemplo las páginas web), pero complementada con campañas y mecanismos que permitan “su acertada inteligencia”, resguardando siempre la protección de los posibles afectados.

Por otro lado, es necesario preguntar y responder la pregunta por quién debe preocuparse de evitar los efectos perjudiciales de posibles coberturas informativas inadecuadas.

A nuestro parecer, el sistema jurídico debiera preocuparse por evitar la anticipación de conclusiones de culpabilidad o inocencia, como sobre el resultado final del juicio. Como hemos señalado, el principio de presunción de inocencia no sólo será vinculante para el Estado⁸⁷⁷, al menos como principio (como

⁸⁷⁶ Instrucción 3/2005 del Minsiterio Fiscal, sobre las relaciones de este con la prensa. Pareciera existir un consenso generalizado sobre esta materia (establecer canales permanentes para facilitar el acceso a la información vinculada con el trabajo de los tribunales de justicia. En este mismo sentido se pronunció la sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el acuerdo de 2 Diciembre de 2003.

⁸⁷⁷ En ningún caso lo será como derecho humano, y como derecho fundamental establecido constitucionalmente, creemos que obliga al Estado, al parlamento y a los Tribunales a tomar

derecho fundamental sólo tendrá vigencia procesal).

7.- ¿Quién debe hacerse cargo de las relaciones con la prensa?

Debemos comenzar este apartado aclarando que excluiríamos de nuestro análisis al Ministerio de Justicia, por corresponder a una organización propia del Poder Ejecutivo. Su naturaleza es política, no ejerce jurisdicción y su relación con el Poder Judicial está limitada, al menos en el plano jurídico, por el principio de legalidad.

Pero llamaremos la atención sobre un punto relacionado: la opinión que la sociedad tiene respecto del Poder Judicial y del sistema de Administración de Justicia en general no siempre tiene un correlato con la realidad y muchas veces obedece a un problema de información y expectativas⁸⁷⁸. Por ello, creemos que en la tarea de satisfacer todos los requerimientos que se piden al sistema judicial, es necesario un trabajo de “educación cívica” y de “educación para la democracia”, cuyo liderazgo y conducción es tarea propia del Gobierno.

Entrando en las labores comunicativas del Poder Judicial, es conveniente distinguir entre el Gobierno Judicial y los Tribunales propiamente tales.

1) Respecto a Tribunales, debemos decir que para comunicar y relacionarse con los medios masivos se encuentran severamente constreñidos por las exigencias de neutralidad, especialidad, imparcialidad y el respeto a las normas del debido proceso. Ello los debiera llevar a expresarse sólo mediante sus actos, es decir, mediante sentencias y resoluciones⁸⁷⁹.

Además, al referirnos a los “tribunales” debemos entender que el concepto engloba a todo el sistema de Administración de Justicia que todos y cada uno de ellos constituye, donde si bien su cabeza es el juez, involucra a una larga lista de funcionarios cuya falla o descoordinación puede tener efectos directos y eventualmente muy negativos en la administración de justicia. Dicho de otro modo, si falla cualquier pieza del engranaje, el sistema no funciona. Por ello, las prohibiciones de informar y los deberes de sigilo los alcanzan a ellos, al menos cuando la intención de restringir la información sea seria.

Estimamos que poner sobre los hombros de cada juez esta difícil responsabilidad, donde es imposible dejar satisfecho los intereses de todos los actores involucrados, resulta desde todo punto de vista inconveniente.

Sobre todo si este deber lo somete a múltiples presiones y tensiones que pueden deteriorar su imparcialidad, la confianza de las partes respecto a la existencia de ella o lo distrae de su función de juzgar.

medidas en pro de su realización. Es decir, no sólo establecería una obligación negativa para el estado, sino una obligación de legislar y de ordenar el sistema político en ese sentido.

⁸⁷⁸ Paradojalmente, los jueces son mejor evaluados que el sistema, pero las acusaciones masivas de faltas e dependencia, sumisión a poderes fácticos, lentitud, impredecibilidad, y alto coste continúan.

⁸⁷⁹ Creemos que ni los jueces ni los funcionarios debieran desarrollar actividades informativas directas de ningún tipo. En este esquema, nos parecen casi obscenas las figuraciones mediáticas de algunos jueces, que dan conferencias, editan libros y viajan por el mundo comentando causas pendientes. A lo más se podría autorizar a los jueces a informar sobre el curso del proceso (su mecánica), pero jamás sobre el tema de fondo. Incluso esta prohibición debería extenderse aún después de abandonado el cargo pues la información pertenece a su ministerio y no a él.

De acuerdo a ello, creemos que los tribunales no pueden ser neutros en este punto, y menos en circunstancias vinculadas a casos que se encuentran conociendo, desde el momento que entre sus funciones – y razones de existir – está el proteger los derechos y garantías básicas de los ciudadanos. Aunque no es posible radicar en ellos la responsabilidad de una “obligación de resultados”, a lo menos se les podría pedir un celoso respeto al principio de “no causar daño” y de “no permitir que se cause daño”.

Este problema se más agudo cuando se trata de hablar sobre los procesos en curso, y no ha estado exento de polémicas.

En relación con este punto, no creemos redundante reiterar la necesidad de evitar que el juez sea su propio vocero, con el objeto de evitar sospechas sobre su imparcialidad y profesionalismo, presiones, malos entendidos, juicios descalificatorios, preocupaciones mediáticas, desviación de funciones y polémicas centradas en los encargados del juzgamiento y en el juicio mismo. La “boca de la ley” debe privilegiar su independencia e investidura, evitando convertirse en fuentes y protagonistas de las noticias judiciales⁸⁸⁰.

Por otro lado, podría preguntarse si el juez, en el solo ejercicio de su libertad de expresión, y reconociendo la importancia de la adecuada información pública sobre asuntos judiciales, podría –o debería- actuar sin una norma que lo autorizara expresamente en este sentido⁸⁸¹. O incluso más, algunos autores se han preguntado si existe una obligación informativa genérica por parte de los tribunales de justicia y los mecanismos por la que esta debe establecerse⁸⁸².

Dado que hay muchas señales que indican que los jueces no tienen prohibición en este sentido⁸⁸³, la Recomendación (2003) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece en su principio 5 que cuando las autoridades judiciales y los servicios policiales informen sobre los procedimientos penales en curso a los medios de comunicación deberán hacerlo sin discriminación, por funcionarios autorizados y, en lo posible, mediante comunicados de prensa, lo que organiza la entrega informativa y contribuye a mejorar la calidad de la información de interés general. En el mismo sentido, el principio 6 señala que en los procedimientos penales de interés público las autoridades judiciales deben informar sobre los aspectos más importantes del caso siempre y cuando no

⁸⁸⁰ Los jueces no deben encargarse personalmente de facilitar informaciones sobre los asuntos que conocen, pues tienen u deber de sigilo al que se suma el carácter de secreto del sumario y la posibilidad de afectar su apariencia de imparcialidad. En este sentido apuntan las CEDH No 29569/95 *Buscemi v. Italia*, de 16 de Septiembre 1999, párrafo 67 y la CEDH No 73797/01 *Kiprianou v. Chipre*, de 15 de Diciembre de 2005, párrafo 120. La única obligación de un juez de acuerdo al artículo 117 de la CE es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Toda otra actividad lo alejaría de sus funciones y no parecería aconsejable dada la carga de trabajo que tiene.

⁸⁸¹ El hecho que no exista una norma específica que obligue a los tribunales a suministrar información a los medios no quiere decir que no exista. Sin embargo existen ciertas dificultades para ello como la establecida en el artículo 396 de la LOPJ. Una excepción a este punto parece ser el reglamento del consejo del poder judicial 1-2000 de 26 de Julio especialmente en su artículo 12.5. / 54.1 G

⁸⁸² Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 89 y 96-97.

⁸⁸³ El pleno del CGPJ en su acuerdo del 5 de Noviembre 1986 manifestó su preocupación por los diversos jueces y magistrados que comunican a los medios de comunicación materias sometidas a su jurisdicción.

perjudique a la investigación⁸⁸⁴. De alguna manera, con las indicaciones anteriores se promueve la existencia de “voceros judiciales”, encargados de las relaciones de los tribunales para con la prensa. Sin embargo, los jueces podrán contribuir con los medios y sin afectar su labor de muchas maneras, como por ejemplo utilizando en sus resoluciones un lenguaje claro y preciso⁸⁸⁵.

Por otro lado, aunque hemos sostenido que no forma parte del rol de los jueces el tener contacto directo con los medios, sería conveniente capacitarlos sobre la naturaleza y riesgos que tiene la comunicación con terceros, especialmente con los medios de comunicación, y respecto a la dinámica propia de la información pública. Por ejemplo, es necesario que sepan no es lo mismo citar a testificar a un ministro político un día antes de una elección presidencial que un día después.

Asimismo, es conveniente que en la redacción de sus actuaciones se utilice un orden y un lenguaje lo más asequible al público, dentro de la formalidad y exigencias propias de un trabajo jurisdiccional de calidad. De otro modo, el conocimiento de los fundamentos y efectos de sus resoluciones siempre se alejarán de la comprensión masiva, e incluso de la de los propios periodistas, generando una concatenación de efectos indeseables, como sensación de injusticia, desprestigio del poder judicial, mala transmisión de las noticias judiciales, perjuicios a la honra de terceros, falta de fiscalización, requerimientos inadecuados, sensaciones colectivas de burocracia, rigidez legal y formalismos, entre muchos otros.

Estimamos que la fundamental misión de facilitar el acceso y comprensión de las actuaciones judiciales, corresponde más a la organización de los tribunales, es decir, a su administración o gobierno, que al juez o magistrado en concreto, quienes agotan su función al conocer y fallar adecuadamente las causas a su cargo. Es decir, creemos que la función periodístico-comunicacional, forma más bien parte del gobierno de la jurisdicción que de la jurisdicción propiamente tal.

2) Respecto al Gobierno Judicial, en cambio, podemos darnos algunas libertades, considerando su mayor distancia con el oficio de juzgar. En efecto, como las funciones administrativas no tienen una incidencia significativa en los juicios que ante los tribunales se sustancian, la transparencia de su organización no debiera ser objeto de mayor cuestionamiento. Más aún, creemos que parte de las funciones del organismo encargado del gobierno judicial, debiera ser la representación activa del propio Poder Judicial (difundir ante la sociedad los logros, características relevantes y demás aspectos por los que éste debe ser conocido).

También creemos que en este organismo debe radicarse la responsabilidad de comunicar a la ciudadanía del estado de avance de ciertos procesos, así como otras informaciones coyunturales de interés, liberando por completo al juez de esta responsabilidad (mediante la creación, por ejemplo, del vocero judicial). De esta forma, se podría al mismo tiempo satisfacer razonablemente las demandas informativas de la población y facilitar el conocimiento del Poder Judicial por

⁸⁸⁴ Ellos es consistente con el art. 2, 3, 4 LOPJ y del art. 140 LEC.

⁸⁸⁵ El magistrado del TS Adolfo PREGO de OLIVER y TOLIVAR ha publicado un interesante trabajo titulado “Indicaciones prácticas sobre el Modo de Relacionarse con los Medios de Comunicación”, Estudios de Derecho Judicial, No 39, dedicado a Poder Judicial y Medios de Comunicación (2001), p. 81-93.

parte de la población, acercando a la población su realidad y mejorando el conocimiento y ejercicio de los derechos, logrando una mayor y mejor confianza en el sistema jurídico y en el trabajo de sus tribunales en particular.

8.- Análisis de una propuesta particular: voceros judiciales y gabinetes de prensa.

Para facilitar el acceso de la prensa y de la comunidad a los procesos judiciales sin involucrar a los magistrados en esta demandante tarea, en muchos países se han creado oficinas y voceros especialmente encargados de esta función, asumiendo institucionalmente una realidad y una necesidad especialmente notoria en los últimos años y que estaba provocando crecientes tensiones y problemas.

Estos órganos o funcionarios especializados deben asegurar que el acceso a la información judicial sea de calidad e igualitario, facilitando de esta forma la tarea a los medios y de los tribunales. En la realización de esta función, siendo parte de la estructura estatal, ellos deben también velar por la máxima realización posible de todos los derechos y bienes jurídicos protegidos, entre los que destacan la libertad de expresión e información, el debido proceso y los derechos de la personalidad de quienes participan en los asuntos judiciales.

Quien asuma esta función, deberá estar preparado para aclarar, defender, explicar, y realizar todas las actividades que sirvan al propósito de que la prensa y a la opinión pública cuenten con un acceso a la información lo más correcta y completa posible⁸⁸⁶. De esta manera, se profundiza la tendencia a la división de funciones y especialización, dando un contenido más profesional a este ejercicio y liberando a los jueces de una tarea que los desviaría de sus funciones principales y que incluso podría implicar una amenaza a su imparcialidad.

En la forma de organizar esta función no se pueden plantearse modelos únicos, privilegiándose la fórmula más adecuada a cada caso y realidad. Sin embargo, creemos que generalmente serán los órganos de gobierno del poder judicial, antes que cada tribunal, quienes deberán encargarse de ello.

De esta forma, cobrará mucho más sentido aquella postura que sostiene que no corresponde a los jueces, por sí mismos, colaborar con los medios, aunque sí debiera entregarse esta tarea a un organismo vinculado al Poder Judicial, especialmente creado al efecto.

Asimismo, los medios tecnológicos actualmente disponibles pueden ayudar mucho a esta tarea (publicación de los fallos por internet, bases de datos, comunicados de prensa, fotografías, etc.), por lo que es natural que se haga uso de ellos en forma intensa. Muy vinculado a lo anterior, podemos decir que la atomización de los medios y los fenómenos que han acompañado a la globalización (masificación de internet, websites, canales de cable, señales enviadas desde diferentes lugares del planeta, etc.), indudablemente favorecerá la libertad de los usuarios para elegir la vía de información, aunque por otro lado dificultará su control. De hecho, las regulaciones aplicables en un lugar podrían

⁸⁸⁶ Un juez, solo y sin oficio ni entrenamiento en materias comunicacionales, concentrado en las actividades propias de su cargo, evidentemente estará en desventaja en su relación con cientos de periodistas, que en muchos casos, más que información, saben construir las situaciones adecuadas para obtener una frase polémica o una reacción impropia.

ser burladas fácilmente publicando noticias en medios electrónicos con base en otra jurisdicción⁸⁸⁷.

Cabe señalar que la Comisión de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial aprobó el 30 de Junio de 2004 un Protocolo de Comunicación, validado luego por el Pleno del 7 de Julio, que entre otras cosas fomenta la existencia de los Gabinetes de Comunicación y busca facilitar el acceso de la prensa a los asuntos judiciales y que permite, entre otras cosas, entregar información sobre los hechos que constituyen el delito, las pruebas indiciarias, incluyendo la de testigos y peritos, la identidad de imputados y detenidos⁸⁸⁸. Gracias a ello, se han producido interesantes avances. Sin embargo, esta institución aún no se encuentra del todo asentada ni conceptualmente definida, y ha mostrado diferentes experiencias en distintos Tribunales y países. Esperamos que en las próximas décadas nos ofrezcan nuevos desarrollos en esta materia, tanto a nivel interno como en la experiencia comparada, del que luego todos los países podrán obtener interesantes lecciones.

Sin perjuicio de lo anterior, los jueces deben tener una actitud sensibilizada frente a estas materias, aún si existen personas especialmente encargadas de las relaciones con los medios de comunicación. Algunas medidas efectivas en este sentido podrían ser la existencia de manuales y actividades de capacitación que les den consejos, recomendaciones de “buenas prácticas” en las relaciones con la prensa y la comunidad en general⁸⁸⁹.

Asimismo, la claridad de las sentencias puede contribuir mucho en la adecuada comprensión del derecho. El Protocolo de Comunicación del Tribunal Supremo del año 2007 establece normas para la elaboración y difusión de resoluciones, especialmente importante en aquellos casos que previsiblemente tendrán una alta cobertura mediática, “aprovechando a tal fin la ventaja y facilidad que supone para el Alto Tribunal poder disponer de una oficina de comunicación propia, integrada en su gabinete técnico y servida por profesionales de la información”. Considera también que ello permitiría mejorar la imagen de los tribunales de justicia⁸⁹⁰.

8.1.- ¿Qué es lo que puede ser comunicado?

Respecto a las comunicaciones relacionadas con la Administración de Justicia, se pueden distinguir diferentes niveles y situaciones, que admiten análisis y propuestas diferentes.

En primer lugar, se podría distinguir entre procedimientos en fase de investigación (donde incluso podrá optarse por el secreto) de las que se

⁸⁸⁷Un esfuerzo en este sentido puede verse, por ejemplo, en las páginas webs: www.poderjudicial.es; www.tribunalconstitucional.es y www.fiscal.es

⁸⁸⁸ María PERAL (2012) op cit nota 5, p. 155.

⁸⁸⁹ Un esfuerzo interesante en este sentido puede verse en Adolfo PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, *“Indicaciones Prácticas sobre el Modo de Relacionarse con los Medios de Comunicación”*, en Poder Judicial y Medios de Comunicación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid (2001), p. 81-96.

⁸⁹⁰ Lord Daniel BRENNAN, ob. cit., nota 628, p. 194: “En UK, se ha extendido recientemente entre los jueces la costumbre de reproducir en una o dos páginas los sumarios de forma sencilla”.

encuentran en etapa pública, donde la apertura será mayor. Asimismo, la regulación de asuntos que se encuentren concluidos será del todo diferente de las que se encuentren en tramitación.

Del mismo modo, se podría establecer niveles de protección diferentes según el tipo de materias de que se trate. Así, por ejemplo, tratándose de asuntos de familia y menores, se podrían poner más restricciones a la publicidad que en el caso de los asuntos comerciales, civiles, laborales, donde podrá haber una mayor apertura informativa. Asimismo, podría distinguirse entre asuntos criminales de gravedad y delitos menores, restringiéndose más la información de los segundos que de los primeros.

Existe una necesidad social que obliga a poner en conocimiento de la opinión pública los asuntos de interés general. Pero esta necesidad deberá ponderarse con los derechos de las personas que pueden ser afectados, lo que permitirá, por ejemplo, restringir la publicidad dada a ciertas informaciones judiciales (nombres de las víctimas, circunstancias de ciertos delitos, etc.).

9.- Casos especiales.

9.1.- El Ministerio Fiscal y su relación con la prensa.

El Ministerio Fiscal es una parte de los procesos y como tal, aunque deba velar por la justicia, la independencia de los tribunales y el interés público tutelado por la ley, así como por la defensa de los derechos de las personas, no le es aplicable la exigencia de reserva que rige para los demás órganos judiciales⁸⁹¹, pues limitar sus facultades comunicativas lo pondría en una situación de desigualdad frente a la otra parte.

De este modo se entiende la actitud más abierta y colaborativa hacia los medios de comunicación, autorizada expresamente por el art. 4.5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), pero insuficientemente regulada⁸⁹².

Sin embargo en el desarrollo de esta facultad también han podido ser observadas algunas situaciones que, más allá de la normativa, parecen constituir un riesgo propio y típico del oficio de Fiscal.

El primero de ellos dice relación con el protagonismo mediático y la gratificación que a algunos individuos puede ofrecer la fama y el oficio de “perseguir del mal” en una sociedad. Creemos que este estímulo emocional por si solo es suficientemente poderoso como para desestabilizar o estimular a un porcentaje de ciudadanos, por lo que constituye un riesgo que debe limitarse.

Una forma de lograr lo anterior sería restringiendo su relación con los medios en relación a casos actuales, lo cual puede ser hecho, sin afectar el derecho a información, entregando dicha responsabilidad a un funcionario determinado

⁸⁹¹ La Constitución Española señala que el Ministerio Fiscal “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social” (art 124 n°1).

⁸⁹² Ello dio espacio a la dictación de la Instrucción 3/2005, del Ministerio Fiscal, relativa al manejo de información y a las comunicaciones del mismo con la prensa, comentada en las páginas que siguen.

(por ejemplo, que sólo el fiscal general de la zona pueda hacer declaraciones, o que esta las haga el vocero).

Un segundo riesgo es la utilización de los medios como colaboracionistas en el proceso de investigación, ya sea a través de investigaciones paralelas de periodistas, o del uso de la técnica de los “globos sonda”, mediante el cual un fiscal hace pública su investigación a determinada persona sobre un hecho concreto, con la esperanza de que lleguen a él nuevos antecedentes o nuevos hechos delictivos.

Ello equivale a una notificación pública y espectacular de que un caso se está investigando, lo cual evidentemente tiene sentido desde la perspectiva de la eficacia y rapidez de la investigación, y el sistema político deberá tener la suficiente flexibilidad como para propiciar más o menos estas acciones según sean las necesidades de la política criminal -por ejemplo, un caso de corrupción, o el descubrimiento de un personaje público con una posible larga trayectoria de abusos deshonestos-. Los deseos de los propios fiscales, en este punto, sólo serán una opinión más a considerar.

El tercer problema que se nos presenta está vinculado al deseo de los propios fiscales de ver validado y reconocido su trabajo, mediante un pronunciamiento del tribunal en determinado sentido. Para ello, podría recurrir a procedimientos prohibidos, como por ejemplo ejercer presión mediática, filtrar antecedentes, sugerir entrevistas y reportajes, entre otras. Del mismo modo, si una sentencia no deja satisfecho al fiscal o no considera sus argumentos y pruebas, este podrá ejercer su pseudo derecho a la “vindicación”, a la “revancha mediática” ante los medios, aduciendo que el tribunal ha desoído sus acusaciones y pruebas, o que ha aplicado una pena que él considere inadecuada (muy baja o muy alta).

Recurrir al clamor popular mediante la manipulación mediática no solo constituye una aplicación de facto y extra jurídica de una sanción (juicio popular paralelo), sino que contribuye enormemente al desprestigio judicial y a la pérdida de confianza en la vigencia de las leyes. Por ello creemos que la explicación del fiscal a los medios, en forma directa, debiera ser limitada aun cuando el único afán declarado para sea demostrar a la comunidad que su propuesta no fue absurda y que su investigación no fue negligente. Los fiscales tienen funciones de investigación con el objeto de colaborar con la justicia. Si tenemos fiscales que colaboran con la justicia y con la prensa, tenemos otra conceptualización del oficio, que supondría una reforma constitucional y legal. Una cosa es que los antecedentes sean públicos, que cualquier persona pueda leerlos y citarlos, y que conviene que sean dejados a disposición del público en un lugar de fácil acceso (una página web, por ejemplo). Pero otra cosa muy distinta, es asignar a fiscales, jueces u otro tipo de funcionarios escasos y especializados, la dedicación de horas y esfuerzos a la atención de periodistas, asesores de imagen, etc. En esa situación, confundir los propios intereses con los del cargo y la investidura, resultará tan inconveniente como probable.

Por todo lo anterior, y ante la falta de una norma legal expresa y completa, la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado ha establecido una regulación bastante exhaustiva sobre estas materias, actuando en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Europea de

Derechos Humanos y de los criterios dominantes observables en numerosos textos europeos e internacionales.

La Instrucción ha querido precisar y dar un marco de referencia a las funciones comunicacionales y a la relación que cabe al Ministerio Fiscal frente a los medios de información, que ante el vacío regulatorio existente, había comenzado a observar dificultades, tanto por la reticencia de algunos fiscales a entregar información, como por el excesivo y desmesurado protagonismo de otros.

Para entender bien esta Instrucción, es oportuno recordar que el Ministerio Fiscal tiene varias particularidades estatutarias en esta materia. En primer lugar, la Constitución Española lo define como un órgano de defensa de los derechos de las personas⁸⁹³, entre los que ciertamente está el de recibir información. Por otro lado, sólo este órgano tiene un mandato jurídico que le obliga a ser imparcial, a diferencia de las partes, que por su propia definición no lo son⁸⁹⁴.

A mayor abundamiento, el Ministerio Fiscal goza legalmente de algunas facultades comunicacionales expresas, que no existen para el resto de los demás órganos judiciales, lo que lo convierte en el único órgano claramente facultado para transmitir información judicial a la opinión pública y a los medios de comunicación⁸⁹⁵.

En efecto, el artículo 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) señala que este “podrá informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre dentro del ámbito su competencia y con respeto al secreto de sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos prospectados”. Estos deberes se reiteran en el artículo 50, 62.12 y 63.6 del mismo Estatuto Orgánico⁸⁹⁶.

Dado que estas normas legales (especialmente el artículo 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) no han sido objeto de un desarrollo normativo, la Instrucción buscó “impulsar una política abierta y transparente hace los medios de comunicación, fomentando la remisión de información desde el ministerio público”, llamando a sus miembros a asumir un rol más activo y una relación más fluida con los medios de comunicación⁸⁹⁷.

⁸⁹³ Artículo 124 de la Constitución Española.

⁸⁹⁴ Aunque ello ciertamente dependerá de las definiciones utilizadas, por lo que para esta declaración podría ser sólo una petición de principio o en el mejor de los casos un llamado a la decencia y a la medida.

⁸⁹⁵ Ello no puede entenderse en forma literal. Una interpretación más sistémica y teleológica de la ley extenderá estas facultades comunicacionales a otros órganos del sistema judicial. El pleno del Consejo General del Poder Judicial en su acuerdo de 5 noviembre de 1986, señalaba que hacer favor con creciente preocupación la actitud de diversos jueces y magistrados que en medio de comunicación tales privados realizan manifestaciones en relación comadres sometidas a su protesta jurisdiccional.

⁸⁹⁶ Frente a este escenario normativo se dicta la Instrucción, que comienza resaltando la importancia de la publicidad en materia procesal, tanto para control de los propios actos del juicio como para generar confianza en la población respecto del Estado de Derecho, función que en la actualidad inevitablemente requiere la colaboración de la prensa. La Instrucción manifiesta luego que es evidente e inevitable que el conocimiento de los procesos judiciales que afectan el interés general sea demandado por la sociedad, por lo que el Estado deberá implementar canales que permitan facilitar la satisfacción de esa necesidad, por lo demás, protegida constitucionalmente. Instrucción 3/2005 del Ministerio Fiscal, capítulo II. .

⁸⁹⁷ Ibid. p. 8 y conclusión 1,

La Instrucción se construye sobre la idea de que “si el fiscal no informa, otros lo harán en su lugar” y que “la ausencia de datos ciertos durante la instrucción penal fomentaría la elucubración y la formulación de hipótesis respecto de los hechos ocurridos”. Por el contrario, la explicación técnica de la posición adoptada por el fiscal en cada caso, ciertamente contribuirá positivamente a tener mayor claridad sobre el asunto⁸⁹⁸.

Agrega también señala que la estructura orgánica y jerárquica del Ministerio Fiscal facilitará la coherencia y eficacia de la política informativa, por la vía de su uniformidad. Para potenciarlo, sugiere designar en cada fiscalía a un encargado de comunicaciones, sin perjuicio de que el propio fiscal jefe asuma directamente esta función cuando lo estime oportuno⁸⁹⁹.

En su parte cuatro, la Instrucción se refiere a los criterios generales respecto a la facilitación de la información. Comienza recordando que la publicidad en materia penal está limitada durante la fase de instrucción, pero agrega que toda pauta general puede ser matizada, por lo que puede darse información durante la fase de sumario, y a su vez, pueden establecerse restricciones informativas durante la fase del juicio oral. Por ello, “no pueden darse pautas abstractas sobre el contenido de información a proporcionar cualificar en la concreción de los contenidos habrá siempre que buscar el justo equilibrio ponderando conforme al principio proporcionalidad los diversos intereses enfrentados”⁹⁰⁰.

Se recuerda también que la Recomendación (2003) 13 en su principio 10 señaló que en los procedimientos penales donde participen jurados o jueces lego, las autoridades deben abstenerse de proporcionar información que genere riesgo de prejuicios sustanciales⁹⁰¹.

Para facilitar en su tarea de informar, la Fiscalía generará documentos cuando el asunto lo amerite o lo soliciten los medios de comunicación. En ellos, se buscará evitar la victimización secundaria, tarjándose los domicilios y nombres de víctimas y testigos, de acuerdo a las circunstancias y méritos del asunto. Esta protección podría, en ciertos casos, incluso extenderse al acusado⁹⁰².

La sección IV.2 señala que se debe evitar colaborar con cualquier tipo de información que pueda ser manipulada y utilizada en un juicio paralelo, pues la justicia debe emanar del pueblo, como señala el artículo 117.1 de la Constitución Española, y no de los medios de comunicación⁹⁰³. Por ello, se recomienda a los fiscales abstenerse de intervenir o participar en publicaciones o programas que puedan generar situaciones inadecuadas en este sentido. Asimismo, deberán velar por que la presunción de inocencia no sólo se garantice en el ámbito del juicio,

⁸⁹⁸ Ibid. P. 9-10 (por todas las citas)

⁸⁹⁹ Ibid. parte III y conclusión 2.

⁹⁰⁰ Ibid. p. 9,12-13.

⁹⁰¹ Ibid. p. 13.

⁹⁰² Ídem y conclusión 8.

⁹⁰³ Para estos efectos, define juicio paralelo como “las informaciones aparecidas en los medios de comunicación sobre un asunto suplió dice a través de los cuales efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad del proceso y sobre las diligencias y la prueba práctica sobre las personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial, asumiendo los medios los papeles de acusador, abogado defensor y vaya o de juez”. Ibid p. 13.

sino a nivel de información y opinión pública, evitando cualquier información en tal sentido⁹⁰⁴.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su decisión de 7 de octubre de 1985 (asunto X contra los Países Bajos) señalaba que las autoridades, sobre todo las judiciales, debían mostrarse “muy prudentes a la hora de hacer declaraciones públicas sobre los asuntos o personas objeto de investigación judicial, a fin de evitar en lo posible que estas instalaciones sean mal interpretadas por el público y conduzcan a poner en cuestión la inocencia del acusado antes de que haya sido jugado”. La Recomendación (2003) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su principio 2, también acoge esta idea. Y en su principio 18, señala que con el objetivo de favorecer la reinserción social de quienes han cumplido condenas, la identidad de las personas afectadas debe ser protegida, salvo consentimiento en contrario del interesado o que por cualquier razón el interés público de dichos asuntos del pasado haya retornado.

En los casos que envuelvan menores o delitos contra la libertad sexual, estas medidas de restricción y cautela deberán tener un énfasis especial, pudiendo llegarse incluso a la celebración de juicios a puerta cerrada⁹⁰⁵.

Señala que la información proporcionada por el fiscal a decir aséptica y lo más objetiva posible, sin comprometer su imparcialidad; desde suministrarse de forma argumentada y comprensible, con firmeza en los contenidos, consentido de la medida en la forma y sobre todo con respeto a la dignidad de las personas comillas. Afirma también que siendo inconveniente polemizar con los medios, en algunos casos puede ejercerse el derecho de rectificación cuando la información transmitida sea errónea, pero este derecho "sólo hablan utilizarse cuando se considere imprescindible para evitar desinformaciones perturbadoras"⁹⁰⁶.

La parte V se refiere a las pautas sobre información respecto a causas en fase de investigación preliminar o en fase de instrucción. Comienza analizando el contenido del artículo 301 y 302 de la LECrim, que establecen los llamados “secreto externo (automático y general para los que no sean parte del procedimiento) e interno (excepcional, temporal y necesitado de una resolución expresa, con el efecto reservar sólo al conocimiento del juez y del Ministerio Fiscal todas o parte de las actuaciones”⁹⁰⁷. Asimismo, recuerda que el artículo 520 de la LECrim señala que “la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio” y en la artículo 552 “al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos sino interesar a la instrucción”⁹⁰⁸. La Instrucción afirma que el secreto de sumario externo ha sido frecuentemente incumplido quizá por su formulación general e indeterminada. Por ello, ya en 1928 la Fiscalía General del Estado, en la circular de la 28 de julio,

⁹⁰⁴ Ibid, conclusión 6.

⁹⁰⁵ Ibid, conclusión 10.

⁹⁰⁶ Ibid p. 19 y conclusión 3.

⁹⁰⁷ Ibid p. 20

⁹⁰⁸ Ibid p. 20-21

levantaba la voz sobre la importancia de hacer respetar esa norma⁹⁰⁹. Pero agrega que junto con la norma que establece el secreto de sumario externo, también existe la necesidad de proporcionar información sobre los hechos investigados, especialmente durante la etapa de instrucción, lo que obliga a recurrir a la ponderación⁹¹⁰. Al realizar este ejercicio, debe recordarse que el secreto de sumario no está establecido por ningún precepto constitucional, por lo que su fundamento no es otro que la misma norma que la funda, y por lo tanto, es razonable que ceda ante derechos tan fundamentales para la vida política y social como la libertad de información. En este sentido, el artículo 301 debe interpretarse teleológicamente, superando su rígido tenor literal⁹¹¹, dejándose fuera del marco de lo publicable sólo aquellas informaciones que puedan considerarse “sensibles”⁹¹².

En su punto V.3 la Instrucción hacer un especial y fuerte llamado a la prudencia, recordando que la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1993 de 16 de marzo contenía algunas cautelas, entre las que destaca “la intempestiva revelación de la fuente de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos sospechosos del delito”, pues ello favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos”. Pero cuando las personas detenidas ya han sido puestas a disposición judicial, no debieran existir obstáculos para informar sobre ello, sino por el contrario, esta publicidad contribuiría a desterrar ciertos secretismos inútiles y ayudarían a mejorar la transparencia y calidad informativa. Por otro lado, es evidente que los avances formales relevantes realizados durante la instrucción (como por ejemplo la interposición una denuncia o querrela, la detención, la dictación de medidas cautelares) deben ser comunicada y hecha pública con carácter general.

Finalmente, precisa dos asuntos respecto del secreto de sumario. En primer lugar, este se refiere al contenido del sumario, no a los hechos mismos, que pueden ser conocidos de muy diversas manera. En segundo lugar, la divulgación de hechos de todos conocidos no puede considerarse una violación a esta prohibición⁹¹³.

La parte VI se refiere a los medios de comunicación en general y a la posición que debe adoptar el Ministerio Fiscal frente a ellos. En su parte más relevante, señala que sobretodo en el juicio oral deberá colaborar, cuando sea posible, con la transmisión de información, y no tomar posiciones de oposición absoluta a la participación de medios en las audiencias, especialmente cuando su opinión sea requerida.

La parte VII se refiere concretamente a las grabaciones audiovisuales del juicio.

Señala que hoy es prácticamente imposible conseguir información periodística sin soporte de imágenes o sonoros, señalando que el Tribunal Constitucional ha señalado que ello enriquece notablemente el contenido del mensaje y la

⁹⁰⁹ En un sentido similar, la consulta del 20 de abril de 1971, que recordaba la vigencia del artículo 301.

⁹¹⁰ Ibid p. 21.

⁹¹¹ Ibid p. 22. Lo anterior se realiza citando la doctrina establecida por el TCE y el TEDH, y la Recomendación (2003) 13 en su principio seis.

⁹¹² Ídem y conclusión 9.

⁹¹³ Ibid p. 25, haciendo referencia a la STEDH de 22 de mayo de 1990, relativa al caso “Weber contra Suiza”

formación de la opinión pública libre. Recordando la STC 57/2004 (hasta la actualidad, la más relevante en estas materias) y la inexistencia de una regulación suficiente sobre esta materia, la Instrucción señala que dispone que los fiscales, como pauta general, no se opondrán a la grabación audiovisual de los juicios orales.⁹¹⁴ Asimismo señala que debe evitar fácil la facilitación de entrega informativa a programas espectáculo y quien vende un tratamiento a la imagen que pueda confundir y aceptar al telespectador, predisponiendo a favor o en contra de los procesados, de los testigos o demás intervinientes, o que signifiquen una sanción legal irreparable. Si los medios no respetan esas normas deontológicas básicas, el fiscal podrá solicitar la revocación de la autorización para las sesiones del juicio oral que aún estén pendientes⁹¹⁵.

En su parte VIII, relativa al derecho a la intimidad y a la propia imagen de las partes y asistentes al juicio oral, se señala que los fiscales se opondrán a la difusión gráfica, de imagen, sonido o cualquier otro elemento físico que permita el reconocimiento de los testigos, peritos o funcionarios, cuando estos así lo soliciten⁹¹⁶. La posición de los acusados presenta matices, pues su asistencia al acto de juicio oral es una carga procesal que muchas veces justificará la primacía del derecho a la información frente a la honra, honor o privacidad.

Finalmente, respecto a los cauces de transmisión de información, señala que la facultad de informar podrá llevarse a cabo con flexibilidad, mencionando como ejemplos ruedas de prensa y comunicados, en concordancia con la Recomendación (2003) 13 principio 5, que llama también a erradicar la práctica de dar exclusivas y favorecer a un medio con exclusión de otros⁹¹⁷.

9.2.- Asociaciones de Magistrados.

La libertad de afiliación garantiza el derecho a crear asociaciones gremiales y a participar libremente en ellas⁹¹⁸. Pero en el caso de los jueces, podría darse la paradoja de que aquello que no pueden decir desde su rol de magistrado, si pueda ser comunicado por medio de la organización que vela por sus intereses.

Las comunicaciones realizadas por las Asociaciones de magistrados pueden tener también una vertiente positiva. Su diálogo fluido con los medios de comunicación puede ayudar a que la opinión pública conozca mejor la labor del Poder Judicial, aumentando las posibilidades conocimiento recíproco y de acceso a la información por parte de la prensa y de la opinión pública.

Pero ¿es parte del rol propio de la judicatura contribuir a esta tarea? ¿Corresponde a otra agencia del Estado realizarla, permitiendo a los jueces concentrarse en las labores que le son propias? Sólo podemos decir que el ejercicio de estos derechos puede traer peligros de abusos y desfiguración de roles, que nos parecen más peligrosos y lesivos para los intereses sociales que sus

⁹¹⁴ Ibid conclusión 11.

⁹¹⁵ Ibid p.32.

⁹¹⁶ En relación al artículo 2.2 de la LO 1/82 será necesario el consentimiento expreso del titular. Ibid p. 33.

⁹¹⁷ Ibid p. 38 parte X, y conclusión 15.

⁹¹⁸ El art 127.1 CE autoriza (y establece que deberá regularse por ley) el derecho de los jueces, fiscales y magistrados a formar una asociación profesional. Ello se regula luego en el art 401 LOPJ. Cabe señalar que en el año 1968 se creó en Francia el primer "Sindicato de Magistrados".

probables beneficios. Desgraciadamente, será imposible de cuantificar empíricamente la relación costo-beneficio existente entre ambas alternativas, por lo que debemos abordar el tema con especial cuidado, ponderación y prudencia.

Creemos correcto señalar que cuando un juez habla desde una posición de dirigente gremial o sindical, ejerce una función diferente a la judicial, lo que nos obliga a enfrentarnos a la pregunta de si podemos contar o no con la posibilidad de separar la función de juez de la persona del juez, de la del juez juzgador al juez vocero y dirigente gremial. Resulta artificial pretender que un magistrado pueda desprenderse de su condición de juez y opinar como simple ciudadano. La conducta exigida al juez en nuestras sociedades, fuerzan a constituir verdaderos hábitos de silencio y reserva, mientras que las necesidades propias de la actividad gremial obligarán a sus representantes a tomarse libertades y prerrogativas diferentes a las que convienen al rol de un juez. Por otro lado, para nadie es un misterio que las agrupaciones de jueces en buena medida existen para hacer actuaciones en defensa de los intereses de sus miembros, y en los tiempos que corren, descuidar las estrategias comunicacionales -la vía regia para presionar a una autoridad política- podría constituir un caso de negligencia profesional inexcusable para un dirigente gremial.

Por ello, si se parte del hecho que cualquier asociación de magistrados podrá tener una alta exposición pública -y que en muchos casos esta será motivada por ella misma con el propósito de lograr algún beneficio en interés de los afiliados a la organización- cabe preguntarse si estas organizaciones pueden tener representantes del propio poder judicial o si las vocerías puedan ser asumidas por terceros, tal como ocurre en muchos otros gremios sectoriales.

La labor de las Asociaciones de Magistrados no ha sido pacífica. Por ejemplo, en los 70, un Ministro de Justicia francés acusó al sindicato de magistrados de subvertir la institución, buscando incluso prohibirlo. Ello dio lugar a un proceso por difamación ante la propia judicatura, que no prosperó. PECES MORATE señala que “la autocrítica es un ejercicio de salud corporativo, pero sucede que cada asociación judicial ensalza sus propias actuaciones y critica la de las demás, llegando, incluso, a diferente valoración de resoluciones judiciales según hayan sido pronunciadas por miembros de la propia o de las otras (...) creando con ello una opinión ciudadana sobre la influencia de la ideología o del posicionamiento político en las resoluciones judiciales”⁹¹⁹.

REQUERO IBÁÑEZ, cuestiona duramente a los jueces que se vuelven “una suerte de activista político y social” ya que ello es del todo ajeno a la función constitucionalmente asignada y esperada a todo juez⁹²⁰.

⁹¹⁹ Jesús Ernesto PECES MORATE, *“El Juez como Objeto de Crítica por los Medios de Comunicación. Adecuación y Extralimitación de la Crítica”*, Cuadernos de Derecho Judicial, No. 16 (2006), p. 300.

⁹²⁰ La cita corresponde a Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 38. Asimismo, señala que “no es admisible la crítica o falta de consideración a un tribunal igual, inferior o superior por razón de la común inserción en un orden jurisdiccional jerarquizado que implica un deber de lealtad y respeto mutuo”. José Luis REQUERO IBÁÑEZ, *“Libertad de Expresión y de Opinión de los Jueces”*, La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, No 1 (2003), pp. 1505-1510.

10.- La autorregulación.

Sin duda el mecanismo más democrático, adecuado y menos lesivo para compatibilizar un adecuado espacio de libertades para el ejercicio de la libertad de información y el periodismo frente a sus potenciales daños está dado por el autocontrol que puedan ejercer los propios medios de comunicación y los periodistas, ya sea en forma individual o colectiva⁹²¹.

Las medidas de autocontrol suponen una serie de ventajas sobre la regulación hecha en forma externa por vía legal⁹²², por lo que han recibido un gran impulso en los últimos años. De hecho, la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual del 11 de diciembre de 2007, adoptada por el parlamento Europeo (que modifica la directiva 89/552) promueve este tipo de autorregulación⁹²³.

Dentro de las ventajas de la autorregulación frente a las normas obligatorias podemos señalar, en primer lugar, que estas últimas son difíciles de implementar y no siempre ofrecen buenos resultados operativos. Y en segundo lugar, las normas de autocontrol deben construirse sobre la base de la aceptación, por parte de medios y periodistas, de su rol social específico y de la responsabilidad que ello exige y genera, lo que sería una muestra de madurez y de civilización.

Por otro lado, la autorregulación y autolimitación parece ser también la mejor vía para la autoprotección de los medios y la salvaguarda de la libertad de información, frente a los riesgos que conlleva todo ejercicio regulatorio. De hecho, un adecuado control de la actividad informativa por parte de los propios involucrados incluso haría innecesaria la regulación legal, permitiéndoles mantener su privilegiado estatuto de garantías, reduciendo también las presiones por una regulación restrictiva.

Desde esta perspectiva cobra pleno sentido el principio del “máximo ético y mínimo jurídico” que se predica en la regulación del periodismo y de los contenidos de la información⁹²⁴.

Otro elemento a destacar, entre las ventajas de la autorregulación, se relaciona con la función institucional que los medios de información deben cumplir en democracia, y que tiene tanta importancia como la actividad jurisdiccional. En efecto, la prensa también requiere de credibilidad, respetabilidad y confiabilidad, y un uso abusivo o negligente de sus privilegios y libertades generará un efecto contrario.

Finalmente, podemos decir que en general, los mecanismos establecidos en forma extra jurisdiccional son más simples, flexibles y económicos que los de carácter judicial, lo que facilita la protección de los intereses de todas las partes involucradas y presenta una serie de ventajas de tipo práctico.

⁹²¹ Hugo AZNAR, *“Comunicación Responsable: La Autorregulación de los Medios”*, Ariel, Barcelona (2005), p. 15-30; Marc CARRILLO, *“La Cláusula de Conciencia y el Secreto profesional de los Periodistas”*, Civitas, Madrid (1993); y la de José María DESANTES GUANTER, *“El Autocontrol de la Actividad Informativa”*, Edicusa (1973).

⁹²² Al respecto, ver Luis de CARRERAS, *“La Autorregulación como Alternativa a las Restricciones Legales Informativas y como Sistema de Relación entre las Televisiones y los Jueces”*, Revista del Poder Judicial, Número Extraordinario 17 sobre Libertad de Prensa y Proceso. Los Denominados Juicios Paralelos (1999).

⁹²³ Ver también la ley 25/1994, vinculada a la Directiva 89/52 de la CEE.

⁹²⁴ José Augusto DE VEGA RUIZ, *“Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación”*, Editorial Universitas, Madrid (1998), p. 21.

Por las razones señaladas, muchos medios cuentan en la actualidad con regulaciones propias y voluntarias en este sentido⁹²⁵, aunque este tipo de medidas no sólo resulta aplicable a la prensa, sino a cualquier persona capaz de afectar el proceso y los derechos que involucra⁹²⁶.

De hecho, la *American Bar Association* ha reaccionado a esta problemática, señalando que “los abogados en procesos criminales deben abstenerse de emitir declaraciones acerca de los siguientes asuntos: el prontuario criminal del acusado; cualquier afirmación de que el testigo declarará acerca de ciertos hechos; cualquier comentario sobre pruebas ya introducidas o relacionados con la credibilidad de algún testigo; cualquier declaración relacionada con cosas excluidas de la evidencia”⁹²⁷.

10.1.- Problemas y exigencias de los mecanismos de autorregulación.

Dentro de los mecanismos de autorregulación, el principal instrumento son las normas o códigos deontológicos. Ellos suponen la existencia de un significativo consenso frente a los estándares de conducta mínimos que deben guiar a determinado oficio o profesión, lo que permite dar cierta estabilidad y objetividad a sus criterios.

Lord Daniel BRENNAN hace una interesante síntesis de los estándares de actuación profesional que de acuerdo a su criterio implica el cumplimiento de los estándares éticos del periodismo, señalando que para ello deben cumplirse los siguientes requisitos:

- 1) La noticia tiene que tener interés público.
- 2) La información debe ser obtenida honestamente y ser verdadera.
- 3) El periodista debe recurrir a fuentes múltiples, pues “la disciplina de la verificación es lo que separa el periodismo de otros modos de comunicación, como la propaganda, la ficción o el entretenimiento”.

⁹²⁵ El diario “El País” cuenta con normas respecto al derecho a réplica y a la corrección de errores informativos, siguiendo una práctica cada vez más común en el mundo entero.

⁹²⁶ ROXIN señala que: “Si tal código de prensa se convirtiera en un código para la generalidad de los medios de comunicación y se sometiera su control a una comisión independiente creada por los propios medios de comunicación, donde se reconocieran además ciertas posibilidades de sanción, los mismos medios de comunicación podrían neutralizar formas injustas de emisión de información (ya existen en Alemania algunos ejemplos de jurisdicciones domésticas de diverso tipo, que favorecen el autocontrol). ROXIN sostiene que si bien el autocontrol resulta improbable y difícil, ello es “siempre preferible a la intervención del derecho penal”. Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 86.

⁹²⁷ En 1980 la American Bar Association publicó reglas de comportamiento para regular los intereses en juego en estos casos (Standing Committee on Association and Communications of the ABA, *The Rights of Fair Trial and Free Press: the American Bar Association Standards*, ABA Press, Chicago (1980), p. 20-22 Su uso está masificado, aunque no son reconocidos como estándar por el TSA. Estos estándares mencionan dos medidas extremas: “pedir al juez que se desvincule del veredicto ofrecido por el jurado, cuando es evidente que la decisión está indebidamente influenciada por información extrajudicial, o denunciar a los medios por “contempt of court” si la información que se publica pretende influir en la determinación de la culpabilidad o la inocencia del acusado y de hecho ha creado un peligro inminente y actual de que ello ocurra” (el aplazamiento es menos drástico que la anulación del juicio, y facilita su rapidez, ya que generalmente no se adapta por un plazo superior a seis meses).

- 4) Se debe informar de buena fe (fairness)⁹²⁸.
- 5) Se debe distinguir claramente entre hechos y opiniones o conjeturas.
- 6) Se debe rectificar prontamente las informaciones inexactas.
- 7) Si no puede garantizarse una independencia efectiva, al menos debe ofrecerse transparencia en relación con los intereses que afectan al medio, así como sobre cada una de las fuentes utilizadas para la construcción de la noticia.
- 8) Los medios deben ser especialmente mesurados y cuidadosos en lo que se refiere a aquellas informaciones que puedan afectar la vida privada y otros derechos protegidos.
- 9) Originalidad en la entrega informativa, “lo que implica buscar tus propias fuentes y citarlas cuando se toman de otros medios de comunicaciones”⁹²⁹.

En algunos instrumentos normativos pueden encontrarse indicaciones mucho más precisas sobre la materia de nuestro análisis.

Por ejemplo, el dictamen del Consejo Audiovisual de Cataluña 6 de octubre de 1997, reaccionando al polémico tratamiento mediático dado al caso *Alcázar*, recomendaba tener especial cuidado en el respeto de los derechos de las personas que participaban involuntariamente en los juicios, evitando dar cobertura televisiva a sus declaraciones (salvo autorización en contrario), al igual que con niños y adolescentes. Asimismo, se debía dar una cobertura pluralista a las informaciones, y tener un estándar mayor de cuidado en aquellos casos que involucraran jurados⁹³⁰.

El Consejo de Europa, haciendo gala de su sentido común, señala las características que deben tener los mecanismos de autorregulación para su eficacia y validez: deben concitar el consenso de los medios, para facilitar su cumplimiento; deben considerar órganos de control (tribunales de ética), capaces de aplicar sanciones para el caso de infracción, las que deben ser serias (idealmente económicas)⁹³¹.

La solución anterior –la creación de un tribunal doméstico controlado, financiado y obedecido por los propios medios– no sería otra cosa que una jurisdicción

⁹²⁸ Aunque no deja de ser una hipótesis sin sustento conocido, es interesante detenerse en los argumentos que señalan que en la tradición anglosajona, a diferencia de lo que sucede con la latina, la corrección de los periodistas es una exigencia social relevante, por lo que la utilización de los medios con fines políticos, económicos o desinformativos en general, esta muchos más controlado y sancionado. El Presidente de Ecuador, Rafael CORREA, se ha referido en innumerables oportunidades a esta situación.

⁹²⁹ Lord Daniel BRENNAN, ob. cit., nota 628, p. 186-187, (por todas las citas). Lord BRENNAN señala claramente que “todos estos son por lo menos buenos principios. No son ley. Pero sí me parece interesante que la Ley, como la ley inglesa, se adapte a ella”.

⁹³⁰ Juan Carlos ORENES RUIZ (2008), ob. cit, nota 28, p. 288.

⁹³¹ José Augusto de VEGA RUIZ, “*Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación*”, Editorial Universitas, Madrid (1998), p. 21-22, quien agrega que le parece “muy bonito pero muy difícil”.

En el mismo sentido se pronuncia ROXIN, quien señala que “si tal código de prensa se convirtiera en un código para la generalidad de los medios de comunicación y se sometiera su control a una comisión independiente creada por los propios medios, donde se reconocieran además ciertas posibilidades de sanción, los mismos medios de comunicación podrían neutralizar formas injustas de emisión de información (ya existen en Alemania algunos ejemplos de jurisdicciones domésticas de diverso tipo, que favorecen el autocontrol)”. Claus ROXIN (1999), ob. cit, nota 44, p. 81.

paralela y especializada, fuera del sistema estatal, que podría reducir la presión social existente en relación con la regulación de la comunicación de informaciones vinculadas a la administración de justicia y a otros asuntos polémicos⁹³². Sin embargo, muchos autores plantean serias dudas frente a la real eficacia de los mecanismos de autocontrol. Su falta de carácter imperativo, el hecho de ser acordado por los propios interesados, la dificultad de imponer sanciones efectivas a quienes trasgreden sus normas (sin contar la poca credibilidad de los mecanismos institucionales creados para tal efecto)⁹³³, y su desarrollo más bien incipiente⁹³⁴, conspiran contra su credibilidad como mecanismos efectivos y suficientes.

Un elemento adicional interesante en estas materias es la declaración, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la incompatibilidad de las normas que establecen la colegiatura obligatoria para el ejercicio del periodismo con las disposiciones sobre libertad de expresión. En dicha opinión consultiva, el Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, en su párrafo 58, que los organismos gremiales podían realizar un aporte al control ético de sus miembros, aunque en ningún caso podía considerarse como un requisito habilitante para el ejercicio del periodismo⁹³⁵.

⁹³² El art 26 de la CE prohíbe la existencia de tribunales de honor, y el art 117.1 prohíbe los tribunales de excepción, por lo que sus resoluciones no pueden considerarse nunca jurisdiccionales, sino solo voluntarias. Por ello, los mecanismos de más relevancia serán los administrados por los propios medios y vinculados al cumplimiento de las obligaciones contractuales, de modo que pueda ser realmente ejecutado y exigible por el empleador. Sin embargo, en otros países existen organismos de carácter más global, como por ejemplo el British Press Council. En general, su operatividad dependerá del contexto cultural en que se desenvuelvan y del ascendiente que tengan frente a los regulados y frente a la opinión pública.

⁹³³ Lord Daniel BRENNAN, ob. cit., nota 628, p. 196: “Los periodistas que necesitan auto regulación, son justamente esos que nunca elegirían los criterios éticos, los códigos sí, pero códigos que tengan fuerza legal y consecuencias jurídicas”.

⁹³⁴ “Hay otras experiencias, como la declaración de principios de la profesión periodística aprobada por las asociaciones profesionales catalanas el 11 de Noviembre de 1992, o el posterior código deontológico de la federación de asociaciones de la prensa de España”. Gabriela BRAVO, (2012), op.cit. nota 2, p. 51. La Federación de Asociaciones de Periodistas de España cuenta desde mayo del 97 con un Reglamento Deontológico, que es administrada desde el 2002 por una Comisión de Ética y Asuntos Profesionales, la que ha tenido sucesivas modificaciones en su organicidad.

⁹³⁵ Gabriela BRAVO (2012), op.cit. nota 2, p. 58.

En un sentido similar se pronuncia Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, diciendo que “nada se opone a que la vigilancia y control del ejercicio de las profesiones, se cumpla, bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia o control del Estado, puesto que ésta, al cumplir su misión, debe siempre someterse a la Ley. La pertenencia a un Colegio o la exigencia de tarjeta para el ejercicio de la profesión de periodista no implica para nadie restricción a las libertades de pensamiento y expresión sino una reglamentación que compete al Poder Ejecutivo sobre las condiciones de idoneidad de los títulos, así como la inspección sobre su ejercicio como un imperativo de la seguridad social y una garantía de una mejor protección de los derechos humanos (Caso Schmidt, supra 15)”.

Dentro de la misma orientación, un delegado de la Comisión, en la audiencia pública de 8 de noviembre de 1985, concluyó que “la colegiatura obligatoria para periodistas o la exigencia de tarjeta profesional no implica negar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, ni restringirla o limitarla, sino únicamente reglamentar su ejercicio para que cumpla su función social, se respeten los derechos de los demás y se proteja el orden público, la salud, la moral y

Desgraciadamente, existen pocos antecedentes de sistemas donde el modelo de la autorregulación periodística haya funcionado en forma razonable⁹³⁶. Ante la falta de pruebas en contrario, podría sostenerse que estos propósitos sólo son una ilusión que conviene a la prensa mantener vigente para postergar cualquier intento de regulación.

Frente a este escepticismo, creemos que la sola existencia de que este tipo de ejercicios constituya un paso adelante en el tratamiento y solución de los problemas que hemos reseñado en este trabajo, deben ser bienvenidas.

Sabemos que la existencia de normas éticas y de autocontrol en nada limita la posibilidad de una regulación legal, que por lo demás será plenamente justificada cuando la afectación o amenaza de bienes o derechos fundamentales no permitan considerar a las normas deontológicas como garantía suficiente. Sin embargo, también es cierto que siendo la intervención legal una medida de “ultima ratio” (y la intervención penal, además, de última ratio dentro de las intervenciones legales) siempre que puedan obtenerse resultados satisfactorios por medio de mecanismos menos otra manera, este debe privilegiarse.

Por otro lado, sin perjuicio de reconocer que los mecanismos auto regulatorios dejarán muchas situaciones pendientes y sin el adecuado tratamiento (por lo que muchas veces deberán ser objeto de una protección adicional), un elemento interesante que también debe ser positivamente valorado en estos ejercicios, es que ellos permiten abrir una discusión y establecer algunos criterios sobre los estándares que deben seguir los medios de comunicación, trazando una línea divisoria entre lo éticamente correcto y lo que no lo es.

Sobre muchos de estos criterios se ha formado consenso, y pueden servir de base no solo para otras normas similares, sino también para cualquier desarrollo normativo ulterior.

Por todo ello, no puede decirse ni que constituyan una solución definitiva ni total, ni que no constituyan aporte alguno.

Para finalizar, queremos hacernos parte de las conclusiones presentadas por Lord BRENNAN al analizar esta materia, y que expondremos en forma sintética y comentada:

la seguridad nacionales. La colegiatura obligatoria busca el control, la inspección y vigilancia sobre la profesión de periodistas para garantizar la ética, la idoneidad y el mejoramiento social de los periodistas”.

Luego en el párrafo 68, agrega que “la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden. Ver al respecto CIDH, Opinión Consultiva sobre *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, OC 5/85 (1985).

⁹³⁶ María PERAL (2012) op cit nota 5, p. 156: “La autorregulación de los periodistas, en cuanto al cumplimiento de sus normas deontológicas, tampoco es la solución del problema, porque no funciona”. Los que existen, generalmente son vagos, manejables, “amistosos”, y rara vez sus resoluciones son imperativas, lo que los transforma en el mejor de los casos en un manual de consejos con buena fachada, precisamente, para con la opinión pública y los eventuales afectados.

- 1) La ley debe fomentar la transparencia de la justicia, pues es muy importante que la gente tenga confianza en ella y la considere un sistema útil para resolver sus problemas. Ello implica dar importantes espacios a la publicidad del proceso y a la libertad de información, en forma compatible con las necesidades de la justicia y los derechos de quienes participan de un juicio.
- 2) Es importante recordar que los medios de comunicación cumplen una importante función institucional y son, por lo mismo, “responsables en el funcionamiento del sistema”. El derecho los ha favorecido con libertades especialmente fuertes, con la esperanza de que ejerzan un poder del que deberán rendir cuenta de su ejercicio.
- 3) Dadas las muchas falencias inherentes a la generación de noticias, es conveniente que el público “confíe en la ley y mantenga cierto escepticismo sobre la prensa”. Luego, “si la ley no funciona se deben promover reformas. Si la prensa miente, se deben aplicar sanciones, pero pensando antes de reaccionar en los dos sentidos”.
- 4) “Si fallan todos los recursos que el sistema pone en garantía del juicio justo, al imputado sólo le queda la misericordia de Dios. Y esto es incompatible con el estado moderno”. Por lo que el asunto enunciado debe seguir siendo materia de estudio y desarrollo.
- 5) Finalmente, Lord BRENNAN termina con una conclusión *esperanzadora*, donde valora la tensión entre distintos bienes en juego (en esta caso la presunción de inocencia y el juicio justo versus la libertad de información), sin perjuicio de que siga siendo necesario encontrar puntos de equilibrio entre ellas: “Nuestras democracias son dinámicas, porque el cambio es la esencia del sistema democrático. Esta tensión permanente es esencial para medir la salud democrática de una sociedad. Tensión, interés, debate, soluciones, balance es lo propio de una democracia dinámica”⁹³⁷.

⁹³⁷ Lord Daniel BRENNAN, ob. cit., nota 628, p. 197-198. (por todas las citas mencionadas)

CONCLUSIONES

I

Nuestro trabajo de investigación ha buscado realizar un aporte a la comprensión de las complejas y en ocasiones problemáticas relaciones existentes entre los medios de comunicación y las necesidades de una correcta administración de justicia.

A nivel jurídico, muchos de los casos analizados se vinculan a situaciones que plantean conflictos, a lo menos interpretativos, a nivel bienes o derechos fundamentales, o más correctamente, entre pretensiones incompatibles, argumentadas sobre una base constitucional.

La libertad de expresión es uno de los derechos que amenazarán en forma más crítica y habitual con los derechos asociados a la administración de justicia, entre los que destaca el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y mediante un proceso justo; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho al honor y a la vida privada; el derecho a la protección de la infancia; el derecho de quien ha cumplido su condena a reinsertarse socialmente y construir una vida sin el peso del pasado; el derecho a una audiencia pública; y el derecho a defensa en igualdad de condiciones, entre otras.

La protección de estos derechos podría justificar restricciones y modulaciones de la libertad de expresión, aunque hasta ahora parece no haberse encontrado soluciones claras y adecuadas en este sentido.

II

Desde el término de la Segunda Guerra Mundial, los sistemas jurídicos de Europa continental han observado un profundo proceso de cambios, en buena medida vinculado a la incorporación en sus textos constitucionales de catálogos de derechos. Desde su posición de máxima jerarquía normativa, ellos permean y orientan a todo el ordenamiento jurídico.

Al mismo tiempo, la Constitución Española y otros textos fundamentales han hecho un explícito reconocimiento a la “dignidad humana” como fundamento y objetivo primordial del ordenamiento jurídico, convirtiendo a los derechos que de ella emanan en el principal mandato de acción y criterio de legitimidad de los actos de los poderes públicos. Ello alcanza, por cierto, al Legislador y a los Tribunales de Justicia.

Uno de los rasgos característicos de este modelo jurídico, generalmente llamado “constitucionalización del derecho” o “neo constitucionalismo”, es la potencialidad que otorga a cualquier diferencia jurídica para ser expresada y argumentada en clave constitucional.

Pero desde este nivel, inevitablemente se dará lugar a confusiones y disputas entre actores que afirmarán, muchas veces de buena fe, que su pretensión goza de protección constitucional, sabiendo que muchas veces ello no será compatible con la alegación de la otra parte. Cuando ello sucede, el legislador, el juez, o muchas veces a ambos, estarán obligados a determinar la primacía de un derecho

frente a otro, que cederá —al menos en ese caso— en atención a su peso e importancia.

Así, por ejemplo, el principio de publicidad judicial entrará en conflicto con la necesidad de proteger a ciertas víctimas y la posibilidad de realizar un juicio a puerta cerrada; la libertad de información se verá afectada por las necesidades propias de la investigación —diligencias reservadas, secreto sumarial, etc.—, la protección de imparcialidad afectará la libertad de expresión de los jueces, imponiéndole el deber de sigilo; la publicidad de las sentencias pondrá en riesgo el proceso de resocialización de quienes han cumplido su condena; las informaciones y opiniones realizadas sobre un proceso en trámite potencialmente pueden afectar la imparcialidad del jurado o de los jueces, y la validez de las declaraciones de testigos y peritos, entre muchos otros. La preponderancia de uno u otro derecho en disputa, y la medida de la misma, deberá ser resuelta en atención a las circunstancias posibles de cada caso.

III

La aceptación de un esquema jurídico donde los derechos fundamentales gozan de un protagonismo relevante implicará, también, reconocer que muchas veces aquello que las normas mandan, permiten o prohíben, sólo podrá ser conocido con certeza cuando un órgano jurisdiccional dicte sentencia sobre la materia.

En efecto, al utilizar un lenguaje indeterminado, y al hacer necesaria la adecuación de toda norma positiva a los mandatos constitucionales, el derecho ya no podrá identificarse con una regla escrita específica y relativamente clara, sino que será determinada por el intérprete en base al texto legal —fuente— y a una serie de otros elementos personales —cultura, valores, sensibilidad, etc.—.

En este esquema, las normas clásicas de interpretación resultarán del todo insuficientes, haciendo necesario el desarrollo de una técnica de interpretación especialmente concebida para el ámbito *ius fundamentalis*.

Muchas de las tensiones existentes entre libertad de expresión y el sistema de justicia tienen su origen en los espacios que las normas constitucionales abren a la indeterminación jurídica, lo que nos ha obligado a comprender una serie de cuestiones generales vinculadas a los conflictos entre derechos fundamentales. La doctrina plantea que en muchos de estos casos —o todos, según algunos— lo que enfrentamos en realidad es una incorrecta comprensión y delimitación del ámbito protegido por los derechos invocados. Al aclararse esta confusión, se revelará que en realidad no había conflicto, pues sólo una de las posturas sostenidas se encontraba protegida.

Sin embargo, habrá también situaciones donde esta solución delimitadora no se alcanzará fácilmente, o bien, donde la extensión del ámbito protegido por los derechos invocados reflejará una verdadera incompatibilidad, al menos parcial, en su vigencia y operatividad. En estos casos, la solución sólo podrá obtenerse dando preferencia a uno de los derechos en juego.

IV

En este panorama, la técnica interpretativa para analizar y resolver los conflictos de naturaleza constitucional cobra capital importancia. Pero se ha llegado a un

amplio consenso internacional respecto a que la ponderación realizada en el caso concreto es la metodología adecuada para enfrentar estas situaciones.

La ponderación o balanceo exige considerar conjuntamente los derechos en juego y todas las circunstancias de un caso, valorarlas y compararlas. Aquella posición jurídica que muestre tener un *peso* mayor —importancia, bien protegido, etc.—, deberá primar por sobre la otra. Pero dado que esta situación es circunstancial y, por lo mismo, transitoria, podrá seguirse afirmando que los principios constitucionales siguen siendo universalmente válidos y generalmente aplicables, permitiendo incluso que ante un cambio de circunstancias, el derecho que ha cedido se imponga frente al que anteriormente lo derrotó.

V

La actividad ponderativa no puede entenderse sin referencia al concepto del contenido esencial de cada derecho. Así, incorporado a varios textos constitucionales de relevancia, como por ejemplo el alemán y el español, el *contenido esencial* hace referencia a la existencia de un límite infranqueable, de un contenido mínimo que nunca podrá ser afectado, imponiendo con ello un significativo encuadre a las posibilidades de la ponderación, que en algunos casos y circunstancias podrían aconsejar un retroceso rotundo de un derecho en beneficio de otro.

Pese a que para algunos autores la mención del contenido esencial es superflua e incluso contraproducente —porque todo aquello que no esté cubierto por este *núcleo básico e irreductible* puede ser legítimamente dejado sin protección, formando antes parte de un óptimo jurídico o social que del derecho mismo—, la definición amplia del ámbito protegido por un derecho promueve la expansión y promoción de los derechos fundamentales.

El *contenido esencial* establece una exigencia argumentativa y de justificación, que obligará al intérprete a demostrar que su decisión ha considerado este límite en su juicio de ponderación. Ello constituirá una garantía frente a restricciones excesivas, favoreciendo los esfuerzos de compatibilización entre todos los derechos.

VI

Todos los sistemas internacionales de derechos fundamentales han reconocido como derechos fundamentales protegidos tanto al debido proceso como a la libertad de expresión, así como la existencia de tensiones y conflictos entre ambos y que legitimarán la restricción de alguno de ellos. Dado que la libertad de expresión se ha considerado generalmente como un derecho que amerita una protección especialmente amplia, la novedad provendrá antes de su restricción que la de otros derechos.

El artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos llama la atención en forma especial respecto a este punto, mencionando en forma expresa a *la autoridad e imparcialidad del poder judicial* como un motivo suficiente para restringir la libertad de expresión.

Esta clarificación, considerada por muchos como redundante, aporta elementos valiosos que permitirán reducir el impacto de la discusión doctrinal y de la

interpretación en estas materias: en primer lugar, ofrece una clara señal respecto al método interpretativo que debe ser utilizado —la ponderación en concreto— al menos frente a los conflictos planteados; en segundo, resalta la importancia y la necesidad de proteger al Poder Judicial y a quienes lo integran frente a ciertas críticas, ataques, o informaciones; finalmente, los exigentes requisitos que impone para legitimar estas restricciones muestran su carácter excepcional.

VII

La libertad de expresión cumple una doble función de garantía personal e institucional. En relación a esta última, se le considera como un requisito para la democracia, pues su ejercicio favorece el conocimiento y debate de informaciones e ideas relativas al ámbito público y permite el conocimiento y control de las autoridades, desincentivando con ello la corrupción.

Vinculado a este factor institucional, y a la mayor protección que ameritan los asuntos de interés público en comparación con otros tipos de expresiones, el artículo 21.d) de la Constitución Española ha dado reconocimiento a la libertad de información como un derecho autónomo, diferenciado y especialmente protegido, adelantándose a una tendencia que ha sido seguida poco a poco a nivel comparado, especialmente en textos de rango legal, y utilizada de manera generalizada como criterio jurisprudencial.

El elemento distintivo de la libertad de información y de su especial protección está dado por el interés público de una noticia, y la conveniencia de que sea conocida por la comunidad —titularidad pasiva del derecho—.

Sin que sea posible establecer un listado taxativo y rígido de asuntos que normalmente gozarían de esta protección reforzada, podemos afirmar que las informaciones relativas a procesos políticos, a autoridades públicas, a crímenes y procesos judiciales, y al funcionamiento y organización de los órganos del Estado pertenecerán de ordinario a esta categoría.

El elemento subjetivo, tantas veces señalado como un criterio adicional y distinto al señalado precedentemente, parece ser sólo indiciario y auxiliar, pues el carácter de pública o privada de una persona será, a la postre, dependiente de una actividad o hecho de interés público.

VIII

Con base a lo anterior, la información y la crítica relativa a los actos jurisdiccionales, a los procesos judiciales y a la Administración de Justicia, en general, gozarán del máximo grado de protección que la Constitución otorga, y por lo mismo, podrá alcanzar a la difusión de hechos y opiniones relativos a jueces, funcionarios judiciales, fiscales, policías, abogados, denunciantes, testigos, víctimas, peritos y a otras personas que participen, directa o indirectamente, en el complejo sistema institucional que permite la Administración de Justicia. La relevancia de la función pública ejercida por los Tribunales de Justicia amerita que su escrutinio público sea necesario, así como la máxima protección que contempla la Constitución a la difusión de informaciones y opiniones críticas y desinhibidas tanto sobre la estructura del Poder Judicial, las actuaciones y

resoluciones de sus órganos, y la capacidad profesional y humana de sus integrantes.

Sin embargo, esta amplia protección puede entrar en conflicto con la necesidad de todo sistema jurídico de que sus miembros confíen en las personas e instituciones que se encarga de hacer cumplir la ley y sancionar a sus infractores, sobre todo cuando adquiere un protagonismo mayor al que le otorgaba la concepción de *boca de la ley*.

Evidentemente, la idea no es ni restringir la crítica ni lograr que los tribunales gocen de un prestigio y una confianza que no merecen, pero sí que las necesidades institucionales se armonicen con las libertades expresivas, considerando también el deber de sigilo de los jueces y la limitación que impone a su capacidad de defenderse.

Bajo este escenario, podrían establecerse algunas limitaciones o desincentivos a la crítica frívola e injustificada, obligando, al menos, a un mayor nivel de seriedad y diligencia para aquel tipo de expresiones. Del mismo modo, no todas las informaciones y opiniones que ilustren sobre esta materia recibirán el mismo nivel de protección. Por el contrario, las informaciones sobre estos hechos que no aporten información relevante o no permitan enriquecer significativamente el debate público —que sólo satisfagan la curiosidad y el deseo de entretención de la opinión pública, por ejemplo— tendrán una protección menor, pese a que en el desarrollo americano, y en algunas adaptaciones del mismo incluso posibles de ver en España, se sostiene lo contrario.

IX

La comunidad jurídica internacional ha realizado importantes esfuerzos para minimizar los riesgos de indeterminación, falta de certeza y protagonismo judicial a la que un sistema jurídico permeable a principios nos enfrenta.

Dentro de ellos, la tendencia a la especificación normativa de los derechos ha sido una de las más importantes y efectivas, por lo que puede señalárselo también como una de las características más representativas del proceso de constitucionalización del derecho.

Aunque nunca será posible tratar estas materias sin hacer referencia a los derechos fundamentales involucrados, nuestra investigación nos ha mostrado que las soluciones más concretas y adecuadas se construirán casi sin excepción desde los desarrollos propios del ámbito procesal, aún cuando impliquen restricciones y modulaciones de la libertad de expresión. Esta tarea comenzará, ciertamente, por la efectiva materialización del derecho a ser juzgado en forma justa y por un tribunal imparcial y los riesgos que puede ser objeto.

Pero ya sabemos que la construcción de estas soluciones implica un largo y complejo desarrollo, y por su propia naturaleza, la reglamentación de los derechos dejará siempre abierta la posibilidad de corrección jurisprudencial en base a principios. En la práctica, ello obligará a enfrentar los problemas jurídicos, especialmente los más complejos, combinando la lógica de los derechos con la de las reglas.

Por otro lado, el hecho de que la ponderación sea un proceso que debe hacerse siempre en torno a un caso concreto no impide la descripción de casos genéricos

o situaciones tipo, que ofrecerán una importante guía de acción respecto al contenido del derecho y su solución *prima facie* o aparente. Gracias a ello, podrán señalarse normas y criterios generalmente aplicables, que resolverán en forma satisfactoria la gran mayoría de los casos, aumentando los niveles de estabilidad y seguridad jurídica y facilitando el trabajo del juez.

Así mismo, tanto la doctrina como la práctica jurisprudencial han establecido una serie de criterios y requisitos que han permitido uniformar los resultados y disminuir los riesgos de arbitrariedad y protagonismo judicial. En muchos de los derechos que tratamos en este trabajo, pueden observarse importantes avances en la delimitación de sus contenidos, límites y naturaleza han sido relevantes, facilitando en buena medida la solución de muchos de los problemas planteados.

Sin embargo, dado que la delimitación nunca podrá ser total ni milimétrica, y considerando la sensibilidad de los mismos a los cambios de circunstancias y tendencias socioculturales, la subjetividad propia de cada intérprete, y la gigantesca gama de situaciones protegidas, la intervención judicial siempre será en algún grado necesaria. En este sentido debe entenderse el reconocimiento que la Convención Europea de Derechos Humanos realiza a la posibilidad de un *margin de apreciación* en la aplicación y cumplimiento de los derechos que establece, aceptando cierta gama de posibilidades en cuanto a su comprensión y cumplimiento.

X

El estudio de las tensiones que pueden existir entre justicia y medios, o entre debido proceso y libertad de expresión, y sus posibilidades de regulación, obliga a enfrentar una serie de problemáticas de base.

La primera de ellas está dada por la legítima multiplicidad de propósitos a que puede estar orientada una entrega informativa, y que superan con creces la función institucional de difusión de información y formación de la opinión pública.

Los medios, junto con tener la posibilidad de contribuir a realizar un objetivo institucional, son empresas que muchas veces han requerido altas inversiones y que deben auto sustentarse y producir excedentes, lo que los obliga a diseñar estrategias y tomar decisiones editoriales que se lo permitan. Así mismo, pueden buscar la promoción de determinadas ideas o posiciones, la defensa de ciertos intereses, o sencillamente, el aumento de las posibilidades de lucro.

Nada impide que los medios de comunicación puedan incorporar dentro de su formato y decisión editorial, elementos informativos que tienen una protección constitucional más baja, o que sencillamente no la tengan. Incluso los medios pueden participar en la *industria de la entretención*, aunque ello repercuta en el tratamiento de los hechos noticiables, lo que típicamente sucederá por la vía de postergar u omitir los aspectos menos llamativos, en pos de los que conllevan mayor espectacularidad. La situación de la manipulación de la información judicial con fines políticos o comerciales, ofrece una situación más compleja y difícil de regular. Pero al menos es claro que si estas potenciales desviaciones no se encuentran suficientemente contrapesadas, por ejemplo, gracias a la información difundida por otros medios, podrían generarse en algunos sectores

de la opinión pública una percepción distorsionada de la realidad, justificando algún grado de intervención y regulación.

Otra situación compleja está dada por una relativa superposición o coincidencia de funciones y se refiere a la facultad de investigar hechos delictuales. Como consecuencia de ello, las actividades periodísticas pueden tener un objeto idéntico a la realizada por los órganos constitucionalmente encargados de la investigación, generando tensiones y molestias recíprocas.

Desgraciadamente, no puede exigirse a los medios de comunicación que dirijan su actuar a generar situaciones de colaboración y sinergia con la función pública de investigar, aun considerando la relevancia de la última y la conocida función institucional de la información. Ambos sistemas cumplen objetivos diversos, para lo cual han sido protegidos y regulados en forma independiente, como puede ser observado a varios niveles.

La actividad de la justicia está regida por el principio de legalidad y limitada por numerosas disposiciones que buscan garantizar la protección de los derechos de los involucrados y el buen funcionamiento institucional. La prensa, por el contrario, goza de amplias libertades a la hora de publicar y dar relevancia a determinadas informaciones —o no hacerlo—, obtener antecedentes —lo cual incluso se ve más reforzado con el secreto profesional del periodista—, criticar la actividad de los órganos judiciales —aunque los jueces deban respetar un deber de reserva que les impide contestar—, omitir opiniones —incluso adelantar juicios de inocencia o culpabilidad—, e incluso difundir sin ulterior responsabilidad información equivocada —cuando haya sido veraz y de interés público—, entre otros.

El ejercicio del periodismo busca satisfacer una necesidad social e institucional, al permitir la pronta existencia de información sobre los asuntos más relevantes de la vida social y con ello facilitar la formación de una opinión pública robusta y deliberativa. Los tribunales de justicia, por el contrario, ni siquiera tienen por misión buscar la verdad, sino sólo dar desarrollo al proceso, respetando sus garantías, y determinando, al final del mismo, cuál de las pretensiones enfrentadas resultará victoriosa.

Las diferencias anteriores se justifican porque mientras el sistema judicial busca determinar la culpabilidad o inocencia de una persona frente a determinados hechos, la prensa sólo busca informar masivamente sobre un asunto de interés general. Pero debe considerarse también que la mayoría de los medios que conocemos tiene restricciones estructurales para explicar situaciones complejas (reducción de espacios, premura informativa y caducidad de la noticia, falta de preparación técnica de sus profesionales, o incluso por la simplificación lingüística y de elementos que debe realizarse para facilitar su consumo por parte de un público masivo).

La ausencia de exigencias y medidas de fiscalización de las noticias vinculadas a juicios y a otras informaciones de interés público y alto impacto institucional ha llamado la atención de muchos operadores jurídicos, y puede observarse tanto en el ordenamiento español como en la experiencia comparada

De hecho, si llegara a sostenerse que los medios de comunicación cumplen una función social e institucional, al permitir a la ciudadanía estar adecuadamente informada sobre los asuntos públicos y el desempeño de las autoridades, entre

otras, cabría preguntarse si corresponde al Estado velar de alguna manera porque la información entregada tenga un mínimo de calidad, tanto a nivel de contenido como de variedad de posiciones y puntos de vista (pluralismo).

XI

Dentro del esfuerzo por buscar soluciones a estos problemas se ha planteado distinguir entre las exigencias y necesidades de los distintos momentos procesales.

Así, por ejemplo, podremos distinguir los espacios para la publicidad y la información existentes en las etapas previas a la existencia de un juicio, los que corresponden a la etapa de investigación o sumario (que para algunos sería también una etapa previa al proceso), los de las audiencias y de procesos en desarrollo, deliberaciones del tribunal, pronunciamiento, notificación y lectura de la sentencia, y la publicidad, debate y crítica de las sentencias y de las actuaciones jurisdiccionales una vez que el juicio ha concluido.

Para los efectos de esta investigación, consideraremos a la etapa de investigación como parte del proceso jurisdiccional, que comprendido en un sentido amplio no puede quedar limitado sólo al juicio oral. Evidentemente, se trata de una etapa previa, pero indispensable para su existencia, y en la que se producen actuaciones que pueden suponer restricciones o limitaciones de derechos fundamentales, por lo que su buen desarrollo justifica protección. De hecho, una investigación fallida por causa de las interferencias mediáticas, por ejemplo, puede implicar la falta de acusación por el Ministerio Fiscal y el retraimiento de las víctimas, y con ello la ausencia del proceso penal y la impunidad de los autores. Con el mismo argumento, incluso se podría reglamentar el ejercicio de la libertad de expresión en el tiempo que transcurre desde la comisión del delito hasta la apertura oficial de la investigación.

Existe consenso en que el éxito de la investigación y la necesidad de proteger a las víctimas directas o indirectas de un hecho delictivo justifican el establecimiento de algunas medidas restrictivas de la publicidad en esta etapa, pese a que la más conocida de ellas, el secreto de sumario, ha sido duramente cuestionada por su falta de efectividad y capacidad operativa en relación a los objetivos que busca. Dado que la protección es limitada a la investigación del Ministerio Fiscal y se limita sólo a quienes tienen contacto directo con ella, deja sin regulación al contenido material de las mismas, ya sea que se hayan obtenido por canales ilegítimos o mediante otras fuentes, pero que no por ello tienen una capacidad menor de perjudicar la investigación o los derechos de las partes.

No en vano, todas las propuestas de reforma del proceso penal que se han planteado en los últimos años en numerosos países contemplan modificaciones respecto a este tema. En particular, creemos que la experiencia anglosajona, vinculada a la institución del *contempt of court*, podría ofrecer soluciones alternativas interesantes que hagan compatibles las necesidades de protección del proceso y de la imparcialidad judicial con la libertad de información, mediante herramientas y medias mucho más flexibles y funcionales.

XII

Así mismo, para enfrentar estos conflictos se pueden establecer criterios en relación a la persona, distinguiendo, por ejemplo, si se trata de jueces, personal de la oficina judicial, fiscales, víctimas, testigos, peritos, denunciante, abogados, u otras personas vinculadas sólo tangencialmente al proceso, como pueden serlo los periodistas y los medios de comunicación.

Existe, por ejemplo, un amplio y desarrollado debate en torno al tratamiento — diferenciado o no— que debe dárseles a jueces y jurados frente a las agresiones mediáticas. El carácter transitorio y no profesional de los segundos, su mayor dependencia al entorno social, su falta de experiencia frente a las presiones y manejo comunicacionales, e incluso la confiabilidad que deben garantizar al resto de la población, parecen permitir y justificar el establecimiento de medidas de protección especiales frente a algunos ejercicios de la libertad de información. Sin embargo, la capacidad de los medios de comunicación para afectar a los jurados existe también para los jueces, y entre ambas a lo sumo podrá establecerse una distinción de intensidad o de grados, y de tipos de medidas de protección.

Por otro lado, la necesidad de proteger a los terceros que participan de un proceso penal sin ser parte del mismo, aunque por años fuese un asunto ignorado por el derecho, es en la actualidad uno de los objetivos primordiales de todo proceso. Testigos, peritos, denunciante, e incluso víctimas, pueden ser objeto de diversos tipos de presiones y amenazas mediáticas o de otro tipo con el objeto de que modifiquen o atenúen sus declaraciones, o presenten una menor disposición de colaborar con la justicia.

Además, las posibilidades expresivas de las personas que intervienen en un proceso serán muy diferentes. Al interior del juicio, por ejemplo, la libertad de expresión de que gozan las partes y sus abogados podrá ser incluso mayor que la ofrecida a los medios de comunicación, pues se relaciona con la necesidad y el derecho de defensa, legitimando expresiones y acusaciones de grueso calibre, las cuales sólo pueden entenderse como emitidas dentro de fragor propio de una disputa judicial. Del mismo modo, el ejercicio de la libertad de expresión por parte del juez en relación al proceso y a las partes será restringido, pues pesa sobre ellos un especial deber de reserva, que busca protegerlos de polémicas, exposiciones mediáticas u otras situaciones que puedan afectar su imparcialidad.

XIII

Más allá de los criterios relacionados a los momentos procesales y a las personas afectadas, las soluciones que nos han parecido más adecuadas son las obtenidas mediante un juicio que ponderación entre los distintos derechos en juego. Los criterios señalados precedentemente sólo son un reflejo parcial y simplificado, aunque útil, de esta lógica, pero no ofrecen soluciones permanentes y capaces de abarcar todas las situaciones planteadas.

Debido a ello, las propuestas que se realicen para abordar las tensiones relativas a la libertad de información y a la Administración de Justicia exigen conocer adecuadamente los derechos en juego y sus distintos matices, circunstancias y formas de interacción, demostrando una vez más una de las hipótesis centrales de este trabajo, y que sostiene que en la actualidad es imposible entender y abordar los problemas más acuciantes del Derecho Procesal sin recurrir a los derechos fundamentales que lo fundamentan.

Dentro de los principios o derechos de carácter constitucional involucrados en la Administración de Justicia y que podrían, en algunas situaciones, ofrecer un espacio para limitar la libertad de expresión e información se encuentran el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de publicidad de los actos procesales, la protección de las víctimas, la resocialización del delincuente, el derecho a la privacidad —incluso sobre informaciones que hayan tenido en algún momento interés público—, entre otros.

XIV

El derecho a ser juzgado con plenas garantías —juicio justo—, por un juez imparcial y en base a un procedimiento legal previamente establecido, es un derecho básico en cualquier sistema constitucional. Tanto es así que su incorporación expresa en los catálogos de derechos no sería necesaria, pues constituye uno de los llamados *derechos constitucionales implícitos*, sin cuyo reconocimiento perdería sentido toda la arquitectura del ordenamiento jurídico. Las constituciones española y chilena, entre otras, parecen haber seguido este criterio.

La exigencia de un juez imparcial puede apreciarse desde dos facetas. La primera, hará referencia a la real capacidad de una persona —el juez— para resolver un asunto ubicándose en una posición de equidistancia frente a las partes e intereses en juego, y se conocerá por el respeto del proceso, de los derechos de las partes y su capacidad para fallar en forma ajustada a derecho.

La segunda, tiene más relación con la confianza en la imparcialidad de la justicia que es necesaria para un buen funcionamiento del Estado de Derecho. Esta comprensión obedece a un objetivo más bien institucional que a uno estrictamente procesal —en relación a un caso específico— y se relacionará con la idea de que ciertos hechos o situaciones podrían ser apreciados por la población como capaces por sí mismos de afectar la imparcialidad del juez, incluso sin conocerlo. En otras palabras, la remoción de un juez frente a un caso concreto puede fundarse en la necesidad de evitar que se instale a nivel colectivo una sospecha fundada de su parcialidad pues, a nivel institucional, la apariencia de imparcialidad es tan relevante como su materialización efectiva.

La experiencia comparada conoce una serie de medidas de diferente nivel de intensidad y efectividad para proteger la imparcialidad frente a las actuaciones de los medios de comunicación: suspensión y anulación de procesos en razón de las presiones mediáticas existentes; adopción de medidas restrictivas de la información sobre procesos pendientes, al menos durante cierto periodo de tiempo; restricciones al ingreso a las salas de audiencia de cierto tipo de medios (generalmente audiovisuales), entre muchas otras.

De hecho, la protección de la imparcialidad y autoridad del Poder Judicial es de tal importancia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado expresamente la posibilidad de establecer sanciones, incluso penales en su protección, además de adoptar otras medidas y restricciones específicas.

En el ordenamiento jurídico español la protección de la imparcialidad judicial frente a los riesgos provenientes del ejercicio de la libertad de expresión e información no está considerada en forma directa. Ni las causas para inhabilitar a un juez ni la institución del amparo parecen suficientes para abordar esta

cuestión. El establecimiento de causas más amplias sería un sencillo y relevante paso adelante. Pero más relevante es evitar que se llegue a esta situación, lo que obliga a estudiar y plantear el establecimiento de restricciones informativas específicas. Al final de cuentas, es relevante que quienes tienen la capacidad de organizar estrategias mediáticas no vean sus objetivos realizados, ni que se les entregue la capacidad de provocar la suspensión indefinida del proceso o la anulación del mismo.

El deber de sigilo impuesto a los jueces para proteger su imparcialidad, al que ya hemos hecho referencia, nos enfrenta a una doble problemática. Por un lado, al limitar su posibilidad de expresión principalmente a sus resoluciones, no podrán hacerse cargo de las críticas de que son objeto, impidiéndoles contribuir a un adecuado proceso de formación de la opinión pública. Al mismo tiempo, ello los limita en su capacidad de facilitar y explicitar el trabajo judicial, pareciendo señalar que lo que pareciera un deber general de los órganos del Estado, y que en el caso particular de la justicia favorecería especialmente su imagen y la correcta difusión de sus actividades, no es válido para los jueces.

Para abordar este problema, la creación de gabinetes de prensa y la institución de voceros o portavoces judiciales, a quienes se encarga la facilitación y adecuado tratamiento de las relaciones del o de los órganos judiciales con la comunidad y los medios informativos, parece un adecuado paso adelante, especialmente cuando se les dota de la capacitación y los medios técnicos apropiados.

Las limitaciones a la libertad de expresión que pueden nacer de la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso son múltiples y pueden abarcar una amplia gama de situaciones, considerando que los actores y circunstancias que de una u otra manera lo afectan son también numerosos y vinculados a distintos mundos y quehaceres.

De hecho, el sistema de justicia no puede sólo considerar a los jueces y a su personal de apoyo, sino también a los fiscales y a las policías, a las partes directamente interesadas y a todos quienes participan en el proceso —testigos, peritos, víctimas, etc.—, a periodistas y académicos, a las autoridades vinculadas con la administración del Poder Judicial, tanto internas —Consejo General del Poder Judicial— como externas —Poder Ejecutivo—, a las asociaciones de magistrados, y, al final del día, en un listado que no pretende ser exhaustivo, a la opinión pública y a todo el cuerpo social.

XV

La publicidad ante terceros —porque la publicidad que se da al interior del proceso y entre las partes, es más bien una exigencia del derecho a defensa— es otro derecho asociado al debido proceso y que opera como una medida de control y garantía, tanto para jueces como para las partes, y que se complementa en forma casi total con la libertad de información que caracteriza a los asuntos judiciales.

Existe consenso doctrinal y jurisprudencial tanto en su importancia y eficacia como en el hecho de que en la actualidad no basta para satisfacer esta garantía el acceso de un grupo de personas a las salas de audiencias, volviendo de capital importancia la labor de difusión de los medios de comunicación. Por ello, puede decirse que la información relativa a los procesos en curso no solo sería posible

sino que deseable y, en alguna medida, necesaria, no obstante lo cual habría situaciones que justifican y recomiendan su restricción.

Uno de los fenómenos que más ha llamado la atención en cuanto a las relaciones entre información masiva y justicia es el de los llamados *juicios paralelos*.

Pese a las diferencias que aún existen respecto a su contenido, existe consenso que ellos se refieren a una situación no deseada y perjudicial, vinculada a cobertura informativa que realiza la prensa en relación a hechos cuyo juzgamiento se encuentra pendiente, pudiendo abarcar tanto la investigación de los hechos como su juzgamiento. De hecho, las informaciones sobre los posibles implicados, sobre las pruebas y gestiones de la investigación, los argumentos de una u otra parte, la culpabilidad o inocencia de una de las partes, de sus circunstancias personales y de sus motivaciones para delinquir, entre muchas otras, podrían afectar tanto el adecuado desarrollo del proceso como los derechos de los involucrados, generando una situación sin duda no deseada.

Dado que la información sobre los juicios pendientes es una necesidad social que ha recibido una doble tutela constitucional —publicidad y libertad de información—, el factor determinante para que la información sobre un caso judicial pueda ser considerada como *juicio paralelo* estará dado por su capacidad para afectar injustificadamente otros derechos u objetivos jurídicos, lo que nuevamente nos llevará a una situación de conflicto de derechos y necesidad de ponderación.

Las motivaciones que pueden existir para realizar un juicio paralelo son diversas, y van desde intereses económicos y políticos, a estrategias de defensa complementarias al juicio principal —presiones, etc.—, a campañas de manejo de una imagen pública —a favor o en contra—, o simplemente al interés de capturar a una audiencia en permanente búsqueda de sorpresas y escándalos. Adicionalmente, los juicios paralelos también podrían estar ofreciendo una suerte de equivalente funcional, una forma paralela, complementaria o alternativa de obtener resultados que por la vía judicial no es posible lograr. El uso inescrupuloso de las libertades expresivas, que en la actualidad caen dentro de un área sin adecuada regulación, pueden ser consideradas como un mecanismo más fácil, efectista, rápido y seguro para aplicar sanciones, ejercer presiones y obtener resultados que el ofrecido por los Tribunales.

XVI

Estrechamente vinculado a los juicios paralelos, otra de las grandes críticas que se recibe el tratamiento informativo de asuntos judiciales es la referida a su capacidad de emitir juicios y difundir informaciones cuya capacidad de causar daños es subjetivamente mayor a la de las sanciones establecidas por la ley, y se aplica sin las garantías del debido proceso y sin las estrictas regulaciones y límites que establece el derecho penal. Dada la importancia de los bienes protegidos, y a la dificultad de establecer soluciones normativas globales y efectivas sin afectar la libertad de expresión, se han levantado muchas voces reclamando un creciente incremento en los niveles de responsabilidad y diligencia exigidos a quienes informan.

Por otro lado, la propuesta de incorporar la publicidad de la condena a la pena o a sus consecuencias, nunca podrá ser relacionada ni con un proceso en trámite ni

con la libertad de información, que exige amplia libertad formal y material en la determinación de aquello que se decide comunicar. Cuando la publicidad forme parte de la pena, o cuando sea la pena en sí misma, su aplicación y extensión debería estar estrictamente regulada y ajustarse a las garantías propias del Derecho Penal —*nulla poena sine legem, non bis in idem*, proporcionalidad, resocialización del delincuente, etc.—.

XVII

Existen también otras situaciones y circunstancias que permiten regulaciones de la publicidad procesal. La protección de las víctimas directas o indirectas de un hecho delictivo o de un proceso criminal es un buen ejemplo de ello. Denunciantes, peritos, testigos, e incluso los propios afectados directos, pueden presiones que pueden afectar la veracidad de sus declaraciones o su ánimo de colaborar con la justicia, y sufrir las consecuencias de un proceso de *victimización secundaria*, lo que permitirá, por ejemplo, la realización de juicios *a puerta cerrada*. Asimismo, cuando sea necesario proteger la identidad de alguna persona, se permitirá la publicación de sentencias editadas o donde algunos nombres aparezcan sólo esbozados —con iniciales, claves u otros símbolos—. Este tratamiento podría extenderse también a imágenes y fotografías, y abarcar otras piezas del expediente.

Similares restricciones podrían invocarse para evitar la difusión de informaciones privadas, confidenciales o secretas, o cuya difusión perjudica al proceso, como por ejemplo ocurre con las deliberaciones del tribunal.

El adecuado desarrollo del proceso puede verse afectado por la masiva concurrencia de público. Dado que uno de las razones para permitir la publicidad y la información tiene que ver precisamente con la formación de la opinión pública, las restricciones privilegiarán aquellas alternativas que permitan una mayor difusión de los actos procesales —medios de mayor cobertura, etc.—. Alternativamente, frente a un interés masivo de concurrir a la vista de la causa se pueden adoptar otro tipo de medidas menos restrictivas pero más complejas y costosas, como por ejemplo, los sistemas de acceso indirecto a la sala de audiencias —señales repetidoras, etc.—, que podrán ofrecerse a los interesados en forma equitativa y no discriminatoria; o simplemente, la realización de la audiencia en lugares más amplios y adecuados al interés que despierta en caso.

Existen también limitaciones específicas al acceso de determinados medios de comunicación a las audiencias judiciales, que buscan evitar reacciones en algunos de los presentes y que sean capaces de afectar el buen desarrollo del juicio. Esta situación ha generado una serie de tensiones y disputas, especialmente en lo que se refiere a los medios de comunicación audiovisual. Los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional son, hasta ahora, las principales referencias y guías de acción en esta materia, y lo seguirán siendo mientras no contemos con una regulación sobre el particular.

La situación de la publicidad de los actos judiciales con posterioridad al término del proceso no corresponde tratarla en relación a las tensiones entre libertad de expresión y juicio justo, como tampoco corresponde considerar las restricciones al acceso a las salas de audiencia cuando no se realizan en ellas actividades de interés público. Sin embargo, podemos decir que la publicidad de la sentencia

también podrá limitarse para proteger otros derechos, como muestra el análisis del *derecho al olvido*.

XVIII

Otro motivo para justificar restricciones a la libertad expresión es la presunción de inocencia. Considerado como derecho fundamental, es propio del proceso penal y por ello sólo puede exigirse en propiedad al Estado y a sus órganos. Pero frente a particulares, la presunción de inocencia puede plantearse como un principio constitucional que refleja un propósito deseado, que por lo mismo puede ser considerado por el órgano judicial a la hora de interpretar una norma y analizar las conductas y obligaciones de los particulares, en especial de los medios de comunicación.

A esta segunda modalidad de presunción de inocencia se le ha llamado *impropia*, y se manifestará y ejercerá por medio de otros derechos, como el de privacidad u honra. Los mayores niveles de diligencia exigidos por la jurisprudencia a la hora de difundir informaciones que pueden afectar el principio de presunción de inocencia de cara a la sociedad, son un buen ejemplo de ello. Otras vías pueden ser el secreto de sumario, la protección de la imparcialidad del tribunal, el adecuado cumplimiento de los deberes y obligaciones de los periodistas y los medios de comunicación, entre otras, aunque nada impide que se establezcan medidas más concretas por parte del legislador.

XIX

El *derecho al olvido* es una categoría jurídica reciente y que agrupa a una serie de situaciones que permiten restringir la publicidad dada a ciertos hechos del pasado, cuando su interés público ha disminuido.

Pese a que durante los últimos años el derecho al olvido ha sido vinculado particularmente al tratamiento de datos personales —donde el elemento temporal no es necesariamente el más relevante—, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial ha estado primordialmente asociado al tratamiento de la información judicial y sus posibles efectos negativos.

Ello sucederá, por ejemplo, cuando una persona que enfrenta una investigación judicial sufre la divulgación de su historial policial, o simplemente de su historia pasada, puede afectar con ello el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y a la presunción de inocencia, sobre todo ante terceros. Asimismo, la publicidad de hechos pasados puede perjudicar la posibilidad de rehabilitación y reinserción de las personas afectadas, en circunstancias que el beneficio social de su difusión no parece ser relevante.

Las diferencias existentes entre la tradición americana y la europea para enfrentar este tipo de materias son evidentes y pueden apreciarse nítidamente frente a este caso. Mientras la primera ha considerado legítimo la publicidad dada, por ejemplo, a las víctimas de un delito de violación —declarando inconstitucional las normas que han ido en sentido contrario—, en Europa la tendencia va mayoritariamente a garantizar la protección de los derechos de quien ya ha sufrido un perjuicio. Por ello, puede sostenerse correctamente que los espacios para el ejercicio de la libertad de expresión son en general mayores en el derecho

americano que en todos los países europeos —incluso el Reino Unido—, pero al mismo tiempo que ello implica una protección inadecuada, asociada a un balanceo incorrectamente realizado, que muchas veces desprotege otros derechos relevantes y muchas veces merecedores de una mayor protección. Esta diferencia de criterios pudo también verse en el reciente fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conocido como “Caso Google”.

XX

Son muchas las medidas adicionales que permiten disminuir la tensión existente entre libertad información y la Administración de Justicia. El establecimiento de deberes y responsabilidades de los medios frente a la transmisión de noticias judiciales, la especialización del periodismo, el ejercicio de acciones de responsabilidad civil e incluso penal, la educación de la comunidad y la adecuada formación de la opinión pública en materias relacionadas con la Administración de Justicia y funcionamiento de los tribunales son sólo algunas de ellas.

Por otro lado, cualquier regulación de la información relativa al Poder Judicial debe considerar la importancia del derecho de la comunidad a estar informada de sus actuaciones, por lo que debiera considerar medidas para facilitar el acceso a las informaciones que le atañen. La responsabilidad del Estado en la tarea de contribuir a la formación de la opinión pública en relación al Poder Judicial y sus fallos es ineludible y no parece que haya sido entregada a los jueces. Una relación más colaborativa entre el Poder Judicial y los medios de comunicación, así como un manejo más adecuado e intensivo de las tecnologías de comunicación, podrían ser de gran ayuda en este sentido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIAR Luis, *"Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Interpretación de Éstos por el Tribunal Constitucional Español"*, Revista de Derecho Político 18-19 (1983).
- AGUILERA FERNÁNDEZ Antonio, *"La Libertad de Expresión del Ciudadano y la Libertad de Prensa o Información"*, Comares, Granada (1990).
- ALCHOURRÓN Carlos y BULYGIN Eugenio, *"Normative Systems"*, Springer Verlag (1971).
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *"Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo"*, Revista de derecho (Valdivia) 23, No. 1 (2010).
- ALDUNATE LIZANA Eduardo, *"Introducción al Estudio de los Derechos Fundamentales, Concepto y Función de los Derechos Fundamentales (Apuntes para un Curso de Doctorado)"*, Pontificia Universidad Católica de Chile (2006),
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *"La Colisión de Derechos Fundamentales"*, Revista Derecho y Humanidades 11 (2005).
- ALDUNATE LIZANA Eduardo, *"La Titularidad de los Derechos Fundamentales"*, Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 1 (2003).
- ALDUNATE LIZANA Eduardo, *"Derechos Fundamentales"*, Legal Publishing, Santiago de Chile, (2008).
- ALEINIKOFF T. Alexander, *"Constitutional Law in the Age of Balancing"*, The Yale Law Journal, Vol. 96, No. 5 (1987).
- ALEXY Robert, *"Epílogo a La Teoría de los Derechos Fundamentales"*, Revista Española de Derecho Constitucional 22, No. 66 (2002).
- ALEXY Robert, *"Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría Del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica"*, Centro de Estudios Constitucionales (1989).
- ALEXY Robert, *"Teoría de los Derechos Fundamentales"*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993).
- ANDRES IBÁÑEZ, Prefecto *"Nuevas Dimensiones de lo Judicial: Legalidad, Jurisdicción y Democracia, Hoy"*, Estudios de Derecho Judicial, No 6 (1997).
- ANZURES GURRÍA José Juan, *"La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales"*, Cuestiones Constitucionales, No. 22 (2010).
- APALATEGUI ISASA Pedro, *"La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos" (Ponencia)"*, en *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- APALATEGUI ISASA Pedro, *"Mesa Redonda. Ética Profesional de los Actores en el Proceso Judicial"*, en *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, La Ley (2012).
- ATIENZA RODRÍGUEZ Manuel, *"Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica"*, Centro de Estudios Constitucionales (1991).
- ATIENZA RODRÍGUEZ Manuel, *"Los Límites de la Interpretación Constitucional. De Nuevo sobre los Casos Trágicos"*, Isonomía No 6 (1997).

- AUERBACH Carl A., *"The Communist Control Act of 1954: a Proposed Legal-Political Theory of Free Speech"*, The University of Chicago Law Review, Vol. 23, No. 2 (1956).
- AZNAR Hugo, *"Comunicación Responsable: La Autorregulación de los Medios"*, Ariel, Barcelona (2005).
- AZURMENDI Ana, *"Derecho a la Información y Administración de Justicia"*, Revista Española de Derecho Constitucional, No 75 (2005).
- AZURMENDI Ana, *"El Secreto Profesional como Garantía del Derecho a la Información. Análisis de un Caso: El Affaire Kelly"*, en Información, Libertad y Derechos Humanos, 2º Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información, Fundación COSO (2004).
- AZURMENDI Ana, *"La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La influencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre"*, en Libertad de Expresión y sus Fronteras Contemporáneas, G. TENORIO GUETO (coord.), Porrúa, México (2007).
- BAILEY S. H., *"The Contempt of Court Act 1981"*, The Modern Law Review, Vol. 45, No 3 (1982).
- BALLARÍN IRIBARREN Javier, *"Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares: la Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 24 (1988).
- BARAK Aharon, *"Judicial Discretion"*, Yale University Press (1987).
- BARENDT Eric, *"Freedom of Speech"*, Clarendon Press, Oxford (1985).
- BARRERO ORTEGA Abraham, *"Juicios Paralelos y Constitución: su relación con el Periodismo"*, Revista Ámbitos, No. 6, 1er Semestre (2001). Revista Latina de Comunicación Social, Vol. 5, No. 47 (2002).
- BARRIOS GIACHINO Nicolás Alejandro, *"La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales en la Relación Laboral. Los Derechos Fundamentales del Empleador"*, documento online (2003).
- BARRON Jerome A. y DIENES Thomas, *"Controlling Speech Content: Clear and Present Danger"*, en Handbook of Free Speech and Free Press, Boston, Little, Brown & Company (1979).
- BASTIDA FREIJEDO Francisco Javier, *"El Régimen Jurídico de la Comunicación Social"*, Instituto de Estudios Económicos (1994).
- BASTIDA FREIJEDO Francisco J., VILLAVARDE Ignacio, REQUEJO Paloma, PRESNO Miguel Ángel, ALÁEZ Benito, y FERNÁNDEZ SARASOLA I., *"Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978"*, Tecnos, Madrid (2004).
- BAYÓN Juan Carlos, *"¿Por qué es Derrotable el Razonamiento Jurídico?"*, Doxa, No. 24 (2001).
- BENNETT, Steven C. (2012): *"The Right to Be Forgotten: Reconciling EU and US Perspectives"*, Berkeley Journal of International Law, Vol. 30, Issue 1.
- BENTHAM, Jeremy, *"The Principles of Morals and Legislation"*, Amherst (New York), Prometheus Books (1988) (1ª publicación, 1781).
- BERLIN Isaiah, *"Contra la Corriente. Ensayos sobre Historias de las Ideas"*, Fondo de Cultura Económica México (1983).

- BERLIN Isaiah, “El Fuste Torcido de la Humanidad. Capítulos de Historia de las Ideas”, Barcelona Península (1998).
- BERNAL PULIDO Carlos, “Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta (2007).
- BERTELSEN SIMONETTI Soledad, “Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales”, Cuadernos del Tribunal Constitucional 42 (2010).
- BERTONI Eduardo Andrés, “New York Times vs. Sullivan y la Malicia Real de la Doctrina”, Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo X, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2000).
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “La Eficacia de los Derechos Fundamentales Frente a Particulares: Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios(1997).
- BILBAO UBILLOS Juan María y REY MARTÍNEZ Fernando, “El Principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Española”, en Miguel CARBONELL (comp.), El Principio Constitucional de Igualdad. Lecturas de Introducción, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F. (2003).
- BLACKSTONE William, “Commentaries on the Laws of England, Volume IV. of Public Wrongs”, The University of Chicago Press (1979) (1ª publicación Volume IV, 1769).
- BOBBIO Norberto, “El Problema de la Guerra y las Vías de la Paz”, Gedisa, Barcelona (1982).
- BOBBIO Norberto, “Sobre los Criterios para Resolver Antinomias”, en Contribución a la Teoría del Derecho, A. Ruiz Miguel (ed.), Debate Madrid (1990).
- BOSCH BENITEZ, Oscar, “La veracidad como límite interno del derecho de la información (nota acerca de la reciente jurisprudencia constitucional sobre la materia)” Cuadernos de Derecho Judicial (1993)
- BOLLINGER Lee, “The Tolerant Society: a Response to Critics”, en Columbia Law Review 90 (1990).
- BORK Robert, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, Indiana Law Journal, Volume 47 (1971).
- BORK Robert H., “The Tempting of America: the Political Seduction of the Law”, Free Press (2009).
- BOURGORGE – LARSEN Laurence, “La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos» (Ponencia “El dilema al derecho de la presunción de inocencia v. Derecho a la información en otros países de nuestro entorno”), en La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- BRAVO Gabriela, “Ponencia Magistral. Derecho a la Información y Populismo Mediático”, en La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos, La Ley (2012).
- BRENNAN Lord Daniel, “La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos” (Ponencia), en La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos Editorial La Ley, Madrid (2012).
- BROWN D. G., “Mill on Liberty and Morality”, The Philosophical Review, Vol. 81, No. 2 (1972).

- BUJOSA Lorenzo M., *"Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español"*, Tecnos (1997)
- BUJOSA Lorenzo M., *"La verdad y las verdades en el proceso penal : ¿hacia una justicia "dependiente" de los medios de comunicación?"*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 5 (2002)
- BUJOSA Lorenzo M. *"Principio Acusatorio y Juicio Oral en el Proceso Penal Español"*, Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, N° 9 (2004).
- BUJOSA Lorenzo M., *"Pruebas de Referencia y Garantías Procesales"*, Diario La Ley, Madrid (2007)
- BUJOSA Lorenzo M., *"Las sentencias de los Tribunales Constitucionales: el problema de sus efectos en el tiempo"*, Revista General de Derecho Público Comparado, N. 13 (2013).
- BUJOSA Lorenzo M., *"Las Declaraciones en las dependencias policiales y el derecho a un proceso con todas las garantías (Comentario a la STC 53/2013, de 28 de febrero)"*, Práctica penal: cuaderno jurídico, ISSN 1889-2337, N°. 72 (2013)
- BULYGIN Eugenio, *"Sentencia Judicial y Creación de Derecho"* en C. ALCHOURRON y E. BULYGIN, *Análisis Lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid, (1991).
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA Juan, *"Proceso Penal Español y la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012"*, Good Practices for protecting victims. Disponible en: <http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/60/La-proteccion-del-testigo-victima.it.en.pdf>.
- BUSTAMANTE ALSINA Jorge, *"La Libertad de Prensa y la Doctrina Jurisprudencial Norteamericana de la Actual Malice"*, Campus, Buenos Aires, Año IV, No. XVI (1997).
- BUSTOS GISBERT Rafael, *"El Concepto de Libertad de Información a partir de su Distinción de la Libertad de Expresión"*, Revista de Estudios Políticos (1994).
- CALVERT Clay, *"The Voyeurism Value in First Amendment Jurisprudence"*, Cardozo Arts & Entertainment Law Review, Vol. 17, Issue 2 (1999).
- CALVO SANCHEZ Maria del Carmen, *"La Recusación de Jueces y Magistrados"*, Parte I, Revista Universitaria de Derecho Procesal, Número 1 (1988).
- CALVO SANCHEZ Maria del Carmen, *"La Recusación de Jueces y Magistrados"*, Parte II, Revista Universitaria de Derecho Procesal, Número 2 (1989)
- CALVO SANCHEZ Maria del Carmen, *"El Derecho al Juez Imparcial en la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Necesidad de Encomendar la Instrucción y el Procesamiento a Órganos Diferentes"*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 4 (1989).
- CALVO SANCHEZ Maria del Carmen, *"Análisis y Sugerencias en torno a la Regulación de la Recusación en el Borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de Abril de 1997"*, Revista General del Derecho, N° 42 (1998).

- CALVO SANCHEZ Maria del Carmen, *“Imparcialidad: Abstención y Recusación en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero”*, Resposa Iurispitorum Digesta, Vol. II, Salamanca (2001).
- CALVO SANCHEZ Maria del Carmen, *“La Abstención y Recusación en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”*, La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, N° 2 (2005).
- CALVO SANCHEZ Maria del Carmen, *“Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional”*, S.A. Atelier Libros (2009).
- CANARIS C. W., *“Grundrechte und Privatrecht”*, Archiv für die Civilistische Praxis (1984).
- CANÇADO TRINDADE Antonio, *“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2001).
- CAPELLETTI Mauro, *“The judicial process in comparative perspective Oxford”*, Clarendon press (1989).
- CARBONELL Miguel, Prólogo a libro de Riccardo GUASTINI, *“Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional”*, Trotta, Madrid (2010).
- CARNELUTTI, Francesco, *“La Publicidad en el Proceso Penal”*, en *“Cuestiones sobre el Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Europa América”*, Buenos Aires (1961).
- DE CARRERAS Luis, *“La Autorregulación como Alternativa a las Restricciones Legales Informativas y como Sistema de Relación entre las Televisiones y los Jueces”*, Revista del Poder Judicial, Número Extraordinario 17 sobre Libertad de Prensa y Proceso. Los Denominados Juicios Paralelos (1999).
- CARRILLO Marc, *“La Cláusula de Conciencia y el Secreto profesional de los Periodistas”*, Civitas, Madrid (1993).
- CARRILLO Marc, *“El Derecho a no ser Moleestado. Información y Vida Privada”*, Thompson-Aranzadi, Navarra (2003).
- CARRILLO Marc, *“Informar sobre juicios no es una cuestión graciosa”*, publicado en el diario El País, Madrid, 19 junio (2004)
- CARRILLO Marc, *“La intimidad, las celebridades y el derecho a la información”*, Diario La Ley N. 6979, Editorial La Ley (2008).
- CARROL Thomas, *“Freedom of Speech and of the Press in the Federalist Period: The Sedition Act”*, Michigan Law Review, Vol. 18 (1920).
- CARUNCHO MICHINEL Cristina, *“Sobre la Libertad. A Propósito de la Obra de John Stuart Mill”*, Eris, La Coruña (1999).
- CASTAÑO ZULUAGA Luis Ociel, *“La Hermenéutica y el Operador Jurídico en el Nuevo Esquema Constitucional. Pautas a Considerar para el Logro de una Adecuada Interpretación Jurídica”*, Opinión Jurídica 8, No. 15 (2009).
- CASTILLO CÓRDOVA Luis Fernando, *“¿Existen los Llamados Conflictos entre Derechos Fundamentales?”*, Cuestiones Constitucionales, No. 12 (2009).
- CATALÁ I BAS, Alexander H. *“Libertad de Expresión y Juicios Paralelos en la Jurisprudencia del TEDH”*, Revista General de Derecho, No 679 (2001).
- CATE Fred H., *“The Privacy Problem: A Broader View of Information Privacy and the Costs and Consequences of Protecting it”*, A first Amendment Center Publication, Vol. 4, No. 1 (2003).

- CAVIEDES Cristóbal, *“El Contempt of Court, el Caso Sunday Times y la Incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos en Gran Bretaña: ¿Cambio en la Jurisprudencia?”* (2008).
- CEPEDA, Manuel José *“Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las Grandes Decisiones de la Corte Constitucional”*, Legis, Bogotá (2001).
- CERDÁN Manuel, *“El periodista ante el secreto sumario”*, Cuadernos de Información y Comunicación vol.15 (2010).
- CHAFEE Zechariah, *“Free Speech in the United States”*, Harvard University Press (1941).
- CHEMERINSKY Erwin y FISK Catherine, *“What is Commercial Speech? The Issue not Decided in Nike v. Kasky”*, Case Western Reserve Law Review, Vol. 54, No. 4 (2004).
- CHOMSKY Noam y HERMAN Edward S., *“Los Guardianes de la Libertad”*, Crítica, Barcelona (2000).
- CIANCIARDO Juan, *“El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales”*, Ediciones Universidad de Navarra (2000).
- CIFUENTES MUÑOZ Eduardo, *“Derechos Fundamentales e Interpretación Constitucional”*, Revista Foro 21 (1997).
- COASE Ronald, *“The Market for Goods and the Market for Ideas”*, The American Economic Review, Vol. 64, No. 2 (1974).
- CODECH Salvador et al, *“¿Qué es Difamar? Libelo contra la Ley del Libelo”*, Madrid (1987).
- COLLINS Erik L., ZOCH Lynn M. y McDONALD Christopher S., *“When (professional) Worlds Collide: Implications of Kasky v. Nike for Corporate Reputation Management”*, Public Relations Review, No. 30 (2004).
- COMANDUCCI Paolo, *“Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico”*, Isonomía, No. 16 (2002).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, ASOCIACIÓN DE LA PRENSA DE MADRID, *“Propuestas al Cuestionario sobre Relaciones entre Prensa y Tribunales”*, Revista del Poder Judicial, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. Encuentro Jueces-Periodistas (1999).
- CORTÉS BECHIARELLI Emilio, *“Juicios Paralelos y Derechos Fundamentales del Justiciable”*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Vol. XXI (2003).
- CORTÉS BECHIARELLI Emilio, *“Un Paso Trascendente hacia la Necesaria Regulación Legal de los Juicios Paralelos: A Propósito de la STC 139/2007, de 4 de junio”*, Revista de Derecho de Extremadura (2008).
- CORWIN Edward S., *“Freedom of Speech and Press under the First Amendment, a Résumé”*, The Yale Law Journal, Vol. 30, No. 1 (1920).
- COSTAZ, Catherine *“Le droit à l’oubli”*, Gazette du Palais (1995).
- COUTURE Eduardo Juan, *“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”*, Ed. de Palma, Buenos Aires (1962).
- COVARRUBIAS CUEVAS Ignacio C., *“Notas Críticas a la Figura del Personaje Público como Criterio Legitimador para la Intromisión en la Vida Privada de las Personas”*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Vol. 3, No. 2 (2005).

- COVARRUBIAS CUEVAS Ignacio C., *“La vida privada de las figuras públicas. El interés público como argumento que legitima la intromisión en la vida privada”*, Legal Publishing, Thomson Reuters (2013).
- CREMADES Javier, *“Los Límites de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Jurídico Español”*, La ley S.A. (1995).
- CRUZ Luis M., *“La Constitución como orden de Valores: Problemas Jurídicos y Políticos: un Estudio sobre los Orígenes del Neoconstitucionalismo”*, Comares (2005).
- CRUZ VILLALÓN Pedro, *“Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales”*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, No. 25 (1989).
- CULLEN Charles, *“St. George Tucker and Law in Virginia, 1772-1804”*, Garland Publishing, New York (1987).
- CULLITY Garret, *“Particularism and Moral Theory: Particularism and Presumptive Reasons”*, Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume (2002).
- DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE Eduardo García, *“La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”*, Editorial Aranzadi (2002).
- DE DOMINGO Tomás, *“El Problema de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales desde una Perspectiva Histórica”*, Revista de Sociales y Jurídicas, No. 1 (2006).
- DE DOMINGO Tomás, *“La Drittwirkung de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa al Conflictivismo”*, en Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas, Tomás de Domingo y Antonio-Luis Martínez-Pujalte. Filosofía, Comares, Granada (2011).
- DE DOMINGO Tomás y MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *“La Interpretación de la Garantía del Contenido Esencial y la Estructura de los Derechos Fundamentales”*, en Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional. Teoría General e Implicaciones Prácticas, Comares, Granada (2011).
- DE TERWAGNE, Cécile (2005): *“Diffusion de la Jurisprudence Via Internet dans les Pays de l’Union Européenne et Règles Applicables aux Données Personnelles”*. Disponible en <http://www.crid.be/pdf/public/5021.pdf> (fecha de consulta: 9 de mayo de 2014).
- DESANTES GUANTER José María, *“El Autocontrol de la Actividad Informativa”*, Edicusa (1973).
- DESANTES José María y SORIA Carlos, *“Los límites de la Información: La Información en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 Primeras Sentencias”*, Asociación de la Prensa de Madrid (1991).
- DIAZ CABIALE José Antonio, *“Principios de Aportación de Parte y Acusatorios: la Imparcialidad del Juez”*, Comares, Granada (1996).
- DIRECTOR Aaron, *“The Parity of the Economic Market Place”*, The Journal of Law and Economics, Vol. VII, No. 1 (1964).

- DWORKIN Ronald, *“Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”*, Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge Mass., Harvard University Press (1996).
- DWORKIN Ronald, *“Law’s Empire”*, Fontana Press (1986).
- DWORKIN Ronald, *“Los Derechos en Serio”*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona (2002).
- ECO Umberto, *“Sobre la Prensa”*, en Cinco Escritos Morales, trad. de Helena Lozano Miralles, Editorial Lumen, Barcelona (1998).
- ELLIOT Jonathan, *“The Debates in the Several State Conventions on the Adoptions of the Federal Constitution”*, Lenox Hill Publishing (1941).
- ELLIS Dorsey, *“Damages and the Privacy Tort: Sketching a ‘Legal Profile’ ”*, Iowa Law Review, Vol. 64 (1979).
- EMERSON Thomas I., *“Toward a General Theory of the First Amendment”*, The Yale Law Journal, Volume 72 (1963).
- EPP, Charles R. *“The Rights Revolution. Lawyers, Activies and Supreme Courts in Comparative Perspectives”*, Chicago Press (1998).
- ESPÍN TEMPLADO Eduardo, *“En Torno a los Llamados Juicios Paralelos y la Filtración de Noticias Judiciales”*, Revista del Poder Judicial, No Extraordinario 13 sobre Libertad de Expresión y Medios de Comunicación (1990).
- ESPIN Eduardo, en Luis LÓPEZ GUERRA y otros, *“Derecho Constitucional”*, Vol. I, Tirant lo Blanch (2013).
- EYUN-JUNG Ki, *“Nike v. Kasky: Reconsideration of Noncommercial v. Commercial Speech”*, Public Relations Review, Volume 30 (2004).
- FAYOS GARDÓ Antonio, *“La Contempt of Court Act Británica de 1981: el Desacato al Tribunal cometido por los Medios de Comunicación Social”*, La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, No 3 (1987).
- FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR Alfonso, *“Libertad de Expresión y Derecho de la Información”*, Constitución Española de 1978, tomo II, Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAMIL, Edersa Madrid (1984).
- FERRAJOLI Luigi, *“Derecho y Razón”*, Trotta, Madrid (2001).
- FERRAJOLI Luigi, *“Garantías”*, Jueces para la Democracia, No. 38 (2000).
- FERRAJOLI Luigi, *“Garantismo: una Discusión sobre Derecho y Democracia”*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid (2006).
- FERRAJOLI Luigi et al., *“Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia”*, Trotta, Madrid (2011).
- FERRAJOLI Luigi, *“Sobre La Definición de Democracia. Una Discusión Con Michelangelo Bovero”*, Isonomía, No. 19 (2003).
- FERRAJOLI Luigi, y BOBBIO Norberto, *“Derecho y Razón: Teoría Del Garantismo Penal”*, Trotta, Madrid (1995).
- FERRAJOLI Luigi y Miguel CARBONELL Miguel, *“Pasado y Futuro del Estado de Derecho”*, Estado de Derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina (2002).
- FERRAJOLI Luigi, *“Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil”*, Editorial Trotta, Madrid, 1990, p. 23 y ss.).

- FERREIRO BAHAMONDE, Xulio, *“La Víctima en el Proceso Penal”*, Editorial La Ley (2005).
- FERRERES COMELLA Víctor, *“Teoría del Derecho y Tribunal Constitucional: una Defensa de la Rigidez Constitucional”*, Doxa, No. 23 (2000).
- FIGUEROA G-H., Rodolfo, *“Privacidad”*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (2014).
- FIGUEROA MEJÍA Giovanni, *“Duplicidad Interpretativa: Interpretación Jurídica en General e Interpretación Constitucional en Particular”*, Dikaion 19, No. 1 (2010).
- FINNIS John, *“Fundamental of Ethics”*, Georgetown University Press (1983).
- FINNIS John, *“Natural Law and Natural Rights”*, Oxford University Press (2011).
- FIORAVANTI Maurizio, MARTÍNEZ NEIRA Manuel, y ÁLVAREZ ALONSO Clara, *“Los Derechos Fundamentales: Apuntes De Historia De Las Constituciones”*, Trotta, Madrid (1996).
- FISS Owen, *“Irony of Free Speech”*, Harvard University Press (1998).
- FISS Owen, *“Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power”*, Westview Press (1996).
- FLEISHER Peter: *“The right to be forgotten, or how to edit your history”*. Disponible online en: <http://www.peterfleischer.blogspot.com/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2014).
- FORD Hall, *“The Common Law: An Account of Its Reception in the United State”*, 4 Vanderbilt Law Review 791 (1951).
- FRANKLIN Marc A., *“A Constitutional Problem in Privacy Protection: Legal Inhibitions on Reporting of Fact”*, Stanford Law Review, Vol. 16 (1964).
- FREIXES Teresa, *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las Libertades de la Comunicación”*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, No. 15 (2003).
- FREIXES MONTES Jordi, *“La Protección Constitucional de la Libertad de Expresión en Estados Unidos: ¿Un Modelo para Europa?”*, Revista de Derecho Privado y Constitución, No. 10 (septiembre-diciembre 1996).
- FRIEDMANN, Lawrence M.: *“The Republic of Choice: Law, Authority, and Culture”*, Cambridge University Press (1990).
- FUENTES SORIANO Olga, *“La ley orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales”*, Revista de Derecho Procesal, N° 1 (1996).
- FUENTES SORIANO Olga, *“La Protección de los Derechos de la Víctima”* en *“El Tribunal Supremo, Doctrina Legal y el Recurso de Casación: Estudios en Homenaje al Profesor Almagro Nosete”*, José Vicente GIMENO SENDRA (coord.) (2007).
- FUENTES TORRIJO Ximena, *“Democracia y Libertad de Expresión en América Latina: la Amenaza del Ímpetu Devorador de los Derechos”*, Revista de Estudios Internacionales, Vol. 35, No. 137 (2002).

- FUENTES TORRIJO Ximena, *“La Protección de la Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Promoción de la Democracia”*, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 13 (2002).
- FUENZALIDA Pablo, *“Poder Constituyente e Interpretación Constitucional: Originalismo v/s Funcionalismo”*, Revista Derecho y Humanidades (11) (2005).
- GALLAHER Alexander, *“La Presunción de Inocencia y la Presunción de Voluntariedad”*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago (1996).
- GARCÍA AMADO Juan Antonio, *“¿Ductilidad del Derecho o Exaltación del Juez? Defensa de la Ley frente a (otros) Valores y Principios”*, en Juan Antonio García Amado, *Escritos Sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas (1999).
- GARCÍA AMADO Juan Antonio, *“La Interpretación Constitucional”*, Revista Jurídica de Castilla y León, No. 2 (2004).
- GARCÍA AMADO Juan Antonio, *“Derechos y Pretextos, Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo”*, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos*, Trotta, Madrid (2007).
- GARCÍA AÑÓN José, *“El Conflicto entre los Derechos y el Principio de Utilidad: el Problema del Sacrificio de los Derechos de las Minorías frente a las Mayorías”*, Télos, Vol. 6, No. 2 (1997).
- GARCÍA BELAÚNDE Domingo, *“La Interpretación Constitucional como Problema”*, Revista de Estudios Políticos, No. 86 (1994).
- GARCIA FIGUEROA Alfonso, *“Principios y Positivismo Jurídico. El No Positivismo Principalista de Ronald Dworkin y Robert Alexy”*, Centro de Estudios Constitucionales (1998).
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *“Apuntes de Derecho Constitucional”*, Universidad Católica de Chile (apuntes de clase) (2014)
- GARCIA GUERRERO José Luis, *“Una Visión de la Libertad de Comunicación desde la Perspectiva de las Diferencias entre la Libertad de Expresión, en Sentido Estricto, y la Libertad de Información”*, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 20 (2007).
- GARCÍA MACHO Ricardo, *“Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a una Vivienda”*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid (1982).
- GARCÍA MORILLO Joaquín, *“La Protección Judicial de los Derechos Fundamentales”*, Tirant lo Blanch (1994).
- GARCIA MORILLO Joaquín, en Jorge de ESTEBAN y Juan Luis LÓPEZ GUERRA, *“El Régimen Constitucional Español”*, Labor Universitaria (1980).
- GARDBAUM Stephen, *“The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights”*, Michigan Law Review 102, No. 3 (2003).
- GASCÓN ABELLÁN Marina, *“La Justicia Constitucional: entre Legislación y Jurisdicción”*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 41 (1994).
- GASCÓN ABELLÁN Marina, *“La Técnica del Precedente y la Argumentación Racional”*, Tecnos (1993).

- GAVARA DE CARA Juan Carlos, *“Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”*, Centro de Estudios Constitucionales (1994).
- GIMENO Miguel Ángel, *“Consideraciones Jurídicas sobre los Juicios Paralelos”*, en Informe sobre el Tratamiento del Juicio de Alcásser, Barcelona (1997).
- GIMENO SENDRA José Vicente, *“Constitución y Proceso”*, Tecnos, Madrid (1998).
- GIMENO SENDRA José Vicente, *“La Sumisión del Juez a la Crítica Pública”*, R Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas (1999).
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *“Derecho Procesal Penal”*, Ed. Colex (2010).
- GÓMEZ BERMÚDEZ Javier y BENI UZÁBAL Elisa., *“Levantando el Velo. Manual de Periodismo Judicial”*, Editorial Dossat, Madrid (2006).
- GOMEZ DE LA TORRE Ignacio, *“Los Límites entre la Libertad de Expresión y los Derechos de la Personalidad”*, ADPCP, Madrid (1991).
- GOMIS SANAHUJA Lorenzo, *“Publicidad del Proceso y Derecho a un Proceso con todas las garantías”*, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. Encuentro Jueces-Periodistas (1999).
- GOODHART Arthur L., *“Newspapers and Contempt of Court in English Law”*, Harvard Law Review, Vol. 48, No 6 (1935).
- GRAY John, *“Mill on Liberty: a Defence”*, Routledge Editions, Second Edition (1996).
- GREENAWALT Kent, *“Clear and Present Danger and Criminal Speech”*, en Lee C. Bollinger y Geoffrey R. Stone, eds., *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press (2002).
- Dieter GRIMM, *“Freedom of Speech in a globalized World’ in Extreme Speech and Democracy”*, Oxford University Press (2009)
- GRISEZ Germain, *“Against Consequentialism”*, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 23 (1978).
- GRONEMEYER María Elena, *“Los Dilemas del Periodismo frente a la Reforma Procesal Penal: la Justicia en Pantalla”*, Revista de la Facultad de Comunicación de la Universidad Católica de Chile (2005).
- GUASTINI Riccardo, *“Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho”*, Barcelona Gedisa (1999).
- GUASTINI, Riccardo, *“La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano”*, en Miguel Carbonell (ed.), *Estudios de Teoría Constitucional*, UNAM, México (2001).
- GUASTINI Riccardo, *“Principios de Derecho y Discrecionalidad Judicial”*, Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), *Jueces para la Democracia*, No 34 (1999).
- GUASTINI Riccardo, *“Specificità dell’interpretazione Costituzionale?”*, en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino (1996).
- GUASTINI Riccardo, *“Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional”*, Trotta, Madrid (2010).
-

- GÜNTHER Gerald, *"Individual Rights in Constitutional Law"*, 5ª ed., The Foundation Press (1992).
- GÜNTHER Klaus, *"Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica"*, Doxa, No. 17-18 (1995).
- GUTIÉRREZ Ricardo, *"Justicia y Seguridad en las Noticias Sobre el Crimen: La Construcción Televisiva de un Problema Social"*, América Latina Hoy, N.25 (2000).
- GUZMÁN BRITO Alejandro, *"Historia de la Denominación del Derecho-Facultad como Subjetivo"*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 25 (2003).
- GUZMÁN BRITO Alejandro, *"Los Orígenes de la Noción de Sujeto de Derecho"*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 24 (2002).
- HÄBERLE Peter, *"El Concepto de los Derechos Fundamentales"*, en J. M. Sauca (ed.), *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid (1994).
- HAMMERGREN Linn, *"Fighting judicial corruption: a comparative perspective from Latin America"*, p 138-139, en *Global Corruption Report 2007, Corruption in Judicial Systems*, Transparency International, Cambridge University Press (2007).
- HART H. L. A., *"The Concept of Law"*, Clarendon Law Series, Oxford University Press (1961).
- HART ELY John, *"Flag Desecration: a Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis"*, Harvard Law Review, Vol. 88, No. 7 (1975).
- HASSEMER Winfried, *"Fundamentos del Derecho Penal"*, Bosch S.A., Barcelona (1984).
- HENKIN Louis, *"The Age of Rights"*, Columbia University Press (1990).
- HERNÁNDEZ GARCÍA Javier, *"Justicia Penal y Medios de Comunicación: Los Juicios Paralelos"*, en *Problemas Actuales de la Justicia Penal*, Joan Picó i Junoy (coord.), Bosch, Barcelona (2001).
- HERNÁNDEZ MARÍN Rafael, *"Interpretación, Subsunción y Aplicación del Derecho"*, Marcial Pons (1999).
- HERRERO TEJEDOR, Fernando, *"Cuadernos de Derecho Judicial" CGPJ*, Madrid (1993)
- HERVADA Javier, *"Los Derechos Inherentes a la Dignidad de la Persona Humana"*, en *Humana Iura*, t. I (1991).
- HESSE Konrad, *"Derecho Constitucional y Derecho Privado"*, (ed. castellano de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas (1995).
- HOLMES Oliver Wendell, *"The Path of the Law"*, Harvard Law Review, No 10 (1987).
- HOLMES, Common Law
- HURLEY Susan, *"Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent"*, Oxford Journal of Legal Studies 10, No. 2 (1990).
- HURLEY Susan, *"Natural Reasons: Personality and Polity"*, Oxford University Press (1992).
- IGLESIAS VILA Marisa, *"Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la Interpretación Constitucional"*, Doxa, No. 23 (2000).

- JEFFERSON Thomas, *“Autobiografía y Otros Escritos”*, Editorial Tecnos (1987).
- JIMÉNEZ CAMPO Javier, *“Art. 53. Protección de los Derechos Fundamentales”*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, O. ALZAGA (dir), Edersa-Cortes Generales, Vol. IV, Madrid (1996).
- JIMÉNEZ VILLAREJO José, *“Justicia, Información y Opinión Pública”*, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. Encuentro Jueces-Periodistas (1999).
- JUANES PECES Ángel, *“Independencia Judicial y Medios de Comunicación” (Ponencia)*, en *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- JUANES PECES Ángel, *“Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El Derecho a un proceso justo”*, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. Encuentro Jueces-Periodistas (1999).
- JUANES PECES, Ángel *“Los Juicios Paralelos”*, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas (1999).
- KALVEN Harry, *“The New York Times Case: A Note on “The Central Meaning of the First Amendment”*, The Supreme Court Review, Volume I (1964).
- KANTOROWICZ Hermann, *“La Lucha por la Ciencia del Derecho”*, en Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, La Ciencia del Derecho, Losada Buenos Aires (1949).
- KAUFMANN Arthur, *“De Kirchmann a la discusión epistemológica actual”*, Filosofía del Derecho, (2012).
- KAUFMANN Arthur y HASSEMER Winfried, *“El Pensamiento Jurídico Contemporáneo”*, Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática Jurídica, Editorial Debate (1992).
- KEETON Page et al., *“Page, Prosser and Keeton on the Law of Torts”*, West Publishing Co., St. Paul (1984).
- KELSEN Hans, *“La Garantía Jurisdiccional de la Constitución” 1928*, en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, ed de J . Ruiz Manero, Debate, Madrid (1988),
- KELSEN Hans, *“Teoría Pura del Derecho”*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, México (1986).
- KENNEDY Duncan, *“Libertad y Restricción en la Decisión Judicial”*, Siglo del Hombre Editores (1999).
- KENTRIDGE Sydney, *“Freedom of Speech: Is It the Primary Right?”*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 2 (1996).
- KOOPS, Bert-Jaap *“Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the “Right to Be Forgotten” in Big Data Practice”*, Tilburg Law School Research Paper No. 08/2012 (2011)
- KURKCHIYAN, Marina, *“Judicial corruption in the context of legal culture”*, en *Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems*. Transparency International. Cambridge University Press (2007).

- LANDAU Jack, *“Fair Trial and Free Press: A Due Process Proposal”*, American Bar Association Journal, Vol. 62, Issue 1 (1976).
- LANGDELL Christopher Columbus, *“A Selection of Cases on the Law of Contracts: With References and Citations”*, Little, Brown and Co (1871).
- LA FETRA Deborah J., *“Kick it up a notch: First Amendment Protection for Commercial Speech”*, Case Western Reserve Law Review, Vol. 54, No. 4 (2004).
- LARENZ Karl, *“Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica”*, Civitas Ediciones (1985).
- LARENZ Karl, *“Metodología de la Ciencia del Derecho”*, Ariel, Barcelona (1994).
- LATORRE LATORRE Virgilio, *“Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos”*, Civitas, Madrid (2002).
- LECAROS URZÚA Juan Alberto. *“El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional”*, manuscrito (2014).
- LECAROS URZÚA Juan Alberto. *“Los bienes jurídicos protegidos y su tutela. Análisis desde una perspectiva de la ética de la naturaleza”*. Apuntes de clases, Universidad del Desarrollo (2014).
- LESUEUR DE GIVRY Emmanuel: *“La question de l’anonymisation des décisions de Justice”*. Disponible en: <http://www.courdecassation.fr/rapport/rapport00/etudes&doc/LESUEUR.htm> (fecha de consulta: 11 de Mayo de 2014) (2001).
- LETTERON Roseline (1996): *“Le droit à l’oubli”*, Revue de Droit Public et de la Science Politique, Vol. 112, Nos. 1-3.
- LEVY Leonard W., *“Emergence of a Free Press”* (Revised and enlarged edition of Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History), Oxford University Press (1985).
- LINDE Hans A., *“Clear and Present Danger Reexamined: Dissonance in the Brandenburg Concerto”*, Stanford Law Review, Vol. 22, No. 6 (1970).
- LLAMAZARES CALZADILLA María Cruz, *“Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático”*, Civitas (1999),
- LÓPEZ ORTEGA Juan, *“Información y Justicia: la Dimensión Constitucional del Principio de Publicidad Judicial y sus Limitaciones”*, Cuadernos de Derecho Judicial, No. 16, dedicado a Justicia y Medios de Comunicación (2006).
- LOWENSTEIN Karl, *“Teoría De La Constitución”*, Ariel, Barcelona (1976).
- MACCORMICK Neil, *“Legal Reasoning and Legal Theory”*, Oxford Clarendon Press (1978).
- MADISON James, *“Report on the Virginia Resolution”*, Writings 6 (1800).
- MAGDALENO ALEGRÍA Antonio, *“El Derecho de Acceso a los Medios de Comunicación Públicos de los Grupos Sociales y Políticos Significativos en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, Teoría y Realidad Constitucional, No. 18 (2006).
- MAGRO SERVET, Vicente, *“Régimen Legal de los Testigos Protegidos en el Proceso Penal”*, Revista La Ley Penal, N° 75 (2010)
- MAHONEY Paul, *“Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”*, Human Rights Law Journal, Volume 11, Number 1 (1990).

- MAHONEY Paul, "*Marvelous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism*", Human Rights Law Journal, Volume 19, Number 1 (1998).
- MALEM Jorge, "*La Imposición de la Moral por el Derecho. La Disputa Devlin-Hart*", en Rodolfo Vázquez, Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo, Gedisa, Barcelona (1988).
- MARÍN Manuel, "*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*" (Ponencia), en La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- MARSHALL BARBERÁN Pablo, "*El Efecto Horizontal de los Derechos y la Competencia del Juez para Aplicar la Constitución*", Estudios Constitucionales 8, No. 1 (2010).
- MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, "*Comentario al artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*". Dirigido por Araceli MANGAS, Separata Título II, sobre las libertades, Fundación BBVA (2008)
- MARTÍN PALLÍN José Antonio, "*La insuperable frontera entre la crítica, el sarcasmo y la injuria*", Diario La Ley N.1644, Editorial La Ley (2013).
- MARTÍNEZ ESTAY José Ignacio, "*Los Particulares como Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales: La Doctrina del Efecto Horizontal de los Derechos*", Revista Chilena de Derecho 25, No. 1 (1998).
- MARTÍNEZ FRESNEDA Gonzalo, "*La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos (Ponencia)*", Editorial La Ley, Madrid (2012).
- MARTIN-RETORTILLO Lorenzo y de OTTO Ignacio, "*Derechos Fundamentales y Constitución*", Civitas, Madrid (1988).
- MARTÍNEZ PUJALTE Antonio Luis, "*La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (1997).
- MARTÍNEZ-PUJALTE Antonio Luis, "*Los Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional: Teoría General e Implicancias Prácticas*", Editorial Comares (2011).
- MARTÍNEZ ZORRILLA David, "*Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*", Marcial Pons Ediciones (2007).
- MATTHEW Yium, "*Profits, Politics, and the Promise of Free Speech: Defining Commercial Speech after Nike v. Kasky*", Lewis & Clark Law Review, Volume 9 (2005).
- MEDINA GUERRERO Manuel, "*La Protección Constitucional de la Intimidad frente a los Medios de Comunicación*", Tirant Lo Blanch (2005).
- MEDINA GUERRERO Manuel, "*La Vinculación Negativa del Legislador a los Derechos Fundamentales*", McGraw-Hill, Madrid (1996).
- MEIKLEJOHN Alexander, "*Free Speech and Its Relation to Self-Government*", Harper & Brothers (1948).
- MEIKLEJOHN Alexander, "*The First Amendment is an Absolute*", en Supreme Court Review (1961).
- MENDOZA ESCALANTE Mijail, "*La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*", Revista Pensamiento Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú (2005).

- MEZZANOTTE Massimiliano. *"Il Diritto All'oblio. Contributo Allo Studio Della Privacy Storica"*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli studi di Teramo Napoles, Edizioni Scientifiche Italiane (2009).
- MIERES Luis Javier, *"Intimidación Personal y Familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional"*, Aranzadi Navarra (2002).
- MILL John Stuart, *"Autobiografía"*, Alianza, Madrid (1986).
- MILL John Stuart, *"Earlier Letters"*, en Francis E. Mineka, ed., *Collected Works*, Vol. XII, *The Earlier Letters 1812-1848*, London, Routledge (1996).
- MILL John Stuart, *"Sobre la Libertad y Otros Escritos"*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (1991) (1ª publicación, 1859), (trad. Marta C. C. de Iturbe).
- MILL John Stuart, *"Utilitarismo: Un Sistema de la Lógica"*, Alianza (2002).
- MILLER Arthur R.: *"The Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers"*. University of Michigan Press. Disponible en: <http://quod.lib.umich.edu/m/mqrarchive/act2080.0011.003?node=act2080.0011.003:19&view=text&seq=67> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014) (1971).
- MILLER C. J., *"Contempt of Court"*, Oxford University Press, Nueva York (1990).
- MILTON John, *"Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England"*, Oxford University Press (1973) (1ª publicación, 1644).
- MOLINA PASQUEL Roberto, *"Contempt of Court: Correcciones Disciplinarias y Medios de Apremio"*, Fondo de Cultura Económica, México (1954).
- MONROY CABRA Marco Gerardo, *"La Interpretación Constitucional"*, Ediciones Librería del Profesional (2002).
- MONTAÑÉS PARDO Miguel Ángel, *"La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial"*, Aranzadi, Pamplona (1999).
- MONTERO AROCA Juan, *"Principios del Proceso Penal: una Explicación basada en la Razón"*, Tirant lo Blanch (1997).
- MORA RESTREPO Gabriel, *"Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: Teoría de la Legitimidad en la Argumentación de las Sentencias Constitucionales"*, Marcial Pons (2009).
- MORA-RESTREPO Gabriel, *"Neoconstitucionalismo y Razonabilidad Práctica (Marco Teórico Para Una Propuesta de Maestría en Derecho Constitucional)"*, Dikaion 18 (2009).
- MORA-RESTREPO Gabriel, *"Razonamiento Jurídico e Interpretación Constitucional. Elementos de Justificación en la Interpretación Constitucional"* (inédito).
- DEL MORAL GARCÍA Antonio y SANTOS VIJANDE Jesús María, *"Publicidad y Secreto en el Proceso Penal"*, Comares, Granada (1996).
- MORENO CATENA, Víctor, *"La Protección de los Testigos y Peritos en el Proceso Penal Español"*, Revista Penal N° 4 (1998).
- MORESO José Juan, *"Alexy y la Aritmética de la Ponderación"*, Iuris 16 (2003).
- MORESO José Juan, *"Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Constitucional"*, Doxa, No. 23 (2000).

- MORESO José Juan, *"Dos Concepciones de la Interpretación Jurídica"*, Isonomía, No. 29 (2008).
- MORESO José Juan, *"La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1997).
- MORESO José Juan, *"Mundos Constitucionalmente Posibles"*, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 8 (1998).
- MORESO José Juan, *"Principio de Legalidad y Causas de Justificación (Sobre el Alcance de la Taxatividad)"*, Doxa, No. 24 (2001).
- MORTON SMITH James, *"Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties"*, Cornell University Press (1956).
- MUNCH Ingo von, *"La dignidad del Hombre en el Derecho Constitucional Alemán"*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 5 (1982).
- MÜLLER Friedrich, *"Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas"*, trad. Luis Villacorta Mancebo, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, No. 27 (1989).
- MUÑOZ-ALONSO Alejandro, *"La Democracia Mediática"*, en Muñoz-Alonso, Alejandro y Rospir, Juan Ignacio (comp.), *Democracia Mediática y Campañas Electorales*, Ariel Barcelona (1999).
- MUÑOZ MACHADO Santiago, *"Libertad de Prensa y Procesos por Difamación"*, Ariel, Barcelona (1988).
- NARANJO DE LA CRUZ Rafael, *"Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: la Buena Fe"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2000).
- NARANJO MESA Vladimiro, *"Qué Papel Juegan los Tribunales Constitucionales en el Sistema Político?"*, Revista Economía Colombiana (2001).
- NARVAEZ RODRÍGUEZ Antonio, *"La Administración de Justicia y los Medios de Comunicación en una Sociedad Democrática"*, Administración de Justicia y Medios de Comunicación, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal IV. Madrid, (2002).
- NATHANSON Nathaniel L., *"Freedom of the Press and Contempt of Court Under English Law and the European Human Rights Convention"*, Kentucky Law Journal, Vol. 68 (1979-1980).
- NAVARRO Pablo Eugenio, *"Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho"*, Doxa No. 14 (1993).
- NAVARRO MARCHANTE Vicente J., *"El Derecho a la Información Audiovisual de los Juicios"*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (2011).
- NEUBORNE Burt, *"State Constitutional Protection of Free Speech and Establishment Clause Values"*, en *Recent Development in State Constitutional Law*, (Phylis Skloot ed.), Practising Law Institute (1985).
- NIETO Alejandro, *"Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional"*, Revista Administración Pública, Nos. 100-102, Vol. I (1983).
- NIEVA FENOLL Jordi, *"Los 'Juicios paralelos': su complejo encaje constitucional"*, en Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2012).

- NIEVES SALDAÑA María, “La Gestación de la Primera Enmienda: “Founding Period” y “Original Meaning”, *Historia Constitucional*, No. 7 (2006).
- NIMMER M.B., “*Nimmer on Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment*”, New York (1984).
- NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, “*Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia*”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, No. 1 (2005).
- NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, “*El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites (Honra y Vida Privada)*”, Lexis Nexis Chile (2002).
- NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, “*Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*”, Libro Tecnia, Santiago (2006).
- NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, “*Pautas para Superar las Tensiones entre los Derechos a la Libertad de Opinión e Información y los Derechos a la Honra y la Vida Privada*”, *Revista de Derecho*, Vol. XVII (2004).
- O’CALLAGHAN, Xabier, “*Libertad de Expresión y sus Límites: Honor, Intimidad e Imagen*”, Edersa, Madrid (1991).
- OLTRA PONS, Joaquín “*La Influencia Norteamericana en la CE de 1869*”, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid (1972).
- ORENES RUIZ Juan Carlos, “*Libertad de Información y Proceso Penal. Los límites*”, Aranzandi, Pamplona (2008).
- OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana, “*Los Derechos de la Víctima en las Reformas del Proceso Penal. Del olvido al resurgimiento*”, *Revista La Ley Penal*, N° 98-99 (2012)
- ORREGO SÁNCHEZ Cristóbal, “*Supuestos Conflictos de Derechos Humanos y la Especificación de la Acción Moral*”, *Revista Chilena de Derecho* 37, No. 2 (2010).
- ORTEGO PÉREZ Francisco, “*De los delitos, de ciertas “penas”... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)*”, *Diario La Ley* N.7346, Editorial La Ley (2010).
- ORTIZ BOLAÑOS Liliana, “*La Interpretación Constitucional desde la Teoría de la Razónabilidad*”, *Via Iuris* 8, No. 1 (2012).
- ORZA LINARES, Ramón M.: “*Derechos Fundamentales e Internet: Nuevos Problemas, Nuevos Retos*”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 9, N° 18, apartado 4.1. y en sus conclusiones. Disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/10_ORZA.htm (fecha de consulta: 20 de mayo de 2014) (2012).
- ORZA LINARES Ramón M. y RUÍZ TARRÍAS Susana: “*El Derecho al Olvido en Internet*”, en “*Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*”, *Actas del VII Congreso Internacional de Internet, Derecho y Política*, Universidad Oberta de Cataluña, Huygens Editorial, pp. 371-389 (2011).
- OTERO GONZÁLEZ María del Pilar, “*Medios de Tutela ante los Juicios Paralelos Durante la Fase del Juicio Oral (a propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio -caso de la mesa nacional del HB -)*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 53 (2000).

- OTERO GONZÁLEZ María del Pilar, *“Protección Penal del Secreto Sumarial y Juicios Paralelos”*, CERA, Madrid (1999).
- de OTTO y PARDO Ignacio, *“La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución”*, en Ignacio de OTTO y L. MARTÍN-RETORTILLO, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid Tecnos (1998).
- de OTTO y PARDO Ignacio, *“Estudios sobre el Poder Judicial”*, Ministerio de Justicia, Madrid (1989).
- PACHECO CIFUENTES Alfonso, *“¿El la Ley Orgánica de Protección de Datos un medio válido para perseguir las filtraciones judiciales a los medios de comunicación?”*, Diario La Ley N.2204, 9 de marzo de 2012.
- PALERMO Patrizia: *“Diffamazione e diritto all’oblio: equilibrio “elastico” tra tutela penale dell’onore e diritto di cronaca giudiziaria”*, Rivista Penale, Vol. 136, Fascículo 3, pp. 277 y 286 (2010).
- PARDO Regino Mateo, *“La Dignidad de la Persona Humana y su Significación en la Constitución Española de 1978 a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, en *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Tomo I, Publicaciones Universidad de Cantabria (1993).
- PAREJO ALFONSO Luciano, *“El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional. A Propósito de la Sentencia del TC de 8 de abril de 1981”*, Revista Española de Derecho Constitucional, No 3 (1981).
- PÁSARA Luis, *“El Conflicto entre Medios de Comunicación y Justicia”*, Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia N.3 (2004).
- PAZ Octavio, *“El Ogro Filantrópico: Historia y Política 1971-1978”*, Seix Barral (1979).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ Gregorio, *“Curso De Derechos Fundamentales: Teoría General”*, Boletín Oficial del Estado, (1995).
- PECES MORATE Jesús Ernesto, *“El Juez ante la Crítica Pública”*, Revista del Poder Judicial, Número Especial XVII (1999).
- PECES MORATE, *“El Juez como Objeto de Crítica por los Medios de Comunicación. Adecuación y Extralimitación de la Crítica”*, Cuadernos de Derecho Judicial, No. 16 (2006).
- PECZENIK A., *“Legal Collision Norms and Moral Considerations”*, en P. W. Brouwer et al. (eds), *Coherence and Conflict in Law*, Kluwer Publishers (1992).
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto *“Nota sobre Publicidad y Proceso”*, Revista del Poder Judicial, No XI, CGPJ (1990).
- PELLER Gary, *“The Metaphysics of American Law”*, California Law Review 73, No. 4 (1985).
- PEMBER Don R., *“Privacy and the Press: the Law, the Mass Media, and the First Amendment”*, University of Washington Press (1972).
- PEÑA Carlos, *“El Sonido del Dinero. El Gasto Electoral y la Libertad de Expresión”*, Estudios Públicos 87 (2002).
- PERAL María, *“Configuración General del Derecho a la Libertad de Comunicar y Recibir Información”*, Justicia y Medios de Comunicación: Cuadernos de Derecho Judicial, No XVI, Madrid (2007).

- PERAL María, *"La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos"* (Ponencia), en *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, *"Los Derechos Fundamentales"*, Tecnos, Madrid (2007).
- PEREZ RUIZ Agustín, *"Videoconferencia y Proceso Penal (Comentario a la S. TS (Sala 2ª) de 16 de mayo de 2005) I."*, *Diario de Jurisprudencia*, núms. 2182 (2005).
- PEREZ RUIZ Agustín, *"Videoconferencia y Proceso Penal (Comentario a la S. TS (Sala 2ª) de 16 de mayo de 2005) II."*, *Diario de Jurisprudencia*, núm. 2183 (2005).
- PEREZ RUIZ Agustín, *"Recusación y abstención de Jueces y Magistrados"*, *Derecho y Jueces* (2007).
- PEREZ RUIZ Agustín, *"La crítica jurídica adversus política de las resoluciones judiciales"*, *Derecho y Jueces*, núm. 45 (2008).
- PÉREZ RUIZ, Agustín, FERREIRO BAHAMONDE, Xulio, *"La Protección de la Víctima en la Vista del Juicio Oral"*, en *Investigación y Prueba en el Proceso Penal*, N. González-Cuéllar Serrano (coord.), Constitución y Leyes S.A., Madrid (2006).
- PERTILE Damián, *"Justicia, Periodismo y Sociedad: una Relación Controvertida"*, Trejo Ediciones (2005).
- PETEV Valentín, *"Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI"*, Ediciones Universidad Externado de Colombia (1996).
- PFEFFER Emilio, *"Algunos Criterios que Permiten Solucionar el Conflicto Derivado de la Colisión de Derechos"*, *Revista Chilena de Derecho*, No especial sobre Jornadas Chilenas de Derecho Público (1998).
- PHILLIPSON Gavin, *"The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper?"*, *The Modern Law Review* 62, No. 6 (1999).
- POSADA Ricardo, *"Los Juicios Paralelos, El Derecho a la Honra y al Debido Proceso Penal: ¿Quis Custodiet Custodes?"*, *Revista General de Derecho Penal* No. 16 (2011).
- POSNER Richard A., *"Jurisprudence of Skepticism"*, *The Michigan Law Review*, Vol. 86 (1987).
- POST Robert, *"Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence"*, en Lee BOLLINGER y Geoffrey STONE (edit.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago (2002).
- POUND Roscoe, *"Law in Books and Law in Action"*, *American Law Review*, No. 44 (1910).
- POYAL COSTA Ana, *"La Eficacia de los Derechos Humanos Frente a Terceros"*, *Revista de Derecho Político*, No. 34 (1991).
- POZZOLO Susanna, *"Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional"*, *Doxa* No. 21, Vol. 2 (1998).
- DE PRADA Juan Manuel, *"Jurados y Juicios Paralelos"*, *Revista Tiempo* (2001).
- PRAT WESTERLINDH Carlos, *"Los Juicios Paralelos y la Imparcialidad Judicial"*, *Revista Doctrina y Jurisprudencia* N.36 (2001).

- PREGO de OLIVER y TOLIVAR Adolfo, *“Indicaciones prácticas sobre el Modo de Relacionarse con los Medios de Comunicación”*, Estudios de Derecho Judicial, No 39, dedicado a Poder Judicial y Medios de Comunicación (2001).
- PRIETO SANCHIS Luis, *“El Juicio de Ponderación”*, en Justicia Constitucional y los Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid (2003).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Estudios sobre Derechos Fundamentales”*, Editorial Debate, Madrid (1990).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Ley, Principios y Derechos”*, Editorial Dykinson (1998).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*, en Miguel Carbonell (ed.), Neoconstitucionalismos, Trotta, Madrid (2003).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Notas sobre la Interpretación Constitucional”*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 9 (1991).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Observaciones sobre las Antinomias y el Criterio de Ponderación”*, Revista de Ciencias Sociales (2000).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Principia Iuris: Una Teoría Del Derecho No (Neo) Constitucionalista para el Estado Constitucional”*, Doxa, No. 31 (2008).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Prisión Provisional y Medios de Comunicación”*, en Marino Barbero Santos coord., Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (1997).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Réplica a Juan Antonio García Amado”*, en Miguel CARBONELL (ed.), Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos, Trotta, Madrid (2007).
- PRIETO SANCHÍS Luis, *“Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”*, Doxa, No. 23 (2000).
- PROSSER William, *“Law of Torts”*, West Publishing Company (1971).
- QUADRA-SALCEDO Tomás, *“El Recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares”*, Civitas, Madrid (1981).
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *“Libertad de Prensa y Protección de la Independencia e Imparcialidad Judicial”*, Revista del Poder Judicial, No Extraordinario 13, sobre Libertad de Expresión y Medios de Comunicación (1990).
- RAWLS John, *“Sobre las Libertades”*, Paidós (1990).
- RAWLS John, *“Teoría de la Justicia”*, trad. María Dolores González, Fondo de Cultura Económica México (1979) (1ª publicación, 1971).
- REDING, Viviane: *“The EU Data Protection Reform: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age 5”*. Disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF> (fecha de consulta: 11 de mayo de 2014) (2012).
- REES John C., *“Re-Reading of Mill On Liberty”*, Political Studies, Vol. 8, Issue 2 (1960).
- DEL RIEGO Carmen, *“La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos” (Ponencia)*, en La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos Editorial La Ley, Madrid (2012).

- RIVERO, Jean “*La Protection des Droits de l’homme dans les Rapports entre Persones Privées*”, en René CASSIN *Amicorum Discipulorumque Liber*, Ed. Pedone (1971).
- RIVERA MORALES Rodrigo, “*La Imparcialidad Judicial como Garantía del Debido Proceso*”, *Revista de Derecho Procesal*, N° 1-2 (2011).
- ROBERTSON QC, Geoffrey, “*The media and judicial corruption*” en *Global Corruption Report 2007. Corruption in Judicial Systems*. Transparency International. Cambridge University Press (2007).
- RODOTÀ Stefano, “*La Pacífica Rivoluzione della Privacy*”, *Questione Giustizia*, No. 2 (2005).
- RODRIGUEZ BAHAMONDE Rosa, “*El Secreto de Sumario y la Libertad de Información en el Proceso Penal*”, Dykinson (1999).
- RODRIGUEZ BAHAMONDE Rosa, “*La Libertad de Información y el Secreto de Instrucción*”, Comares, Granada (2000).
- RODRÍGUEZ BEREIJO Álvaro, “*La Libertad de Información en la Jurisprudencia Constitucional*”, *Claves de la Razón Práctica*, No. 72 (1997).
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ricardo, “*Los Juicios Paralelos*”, *Diario La Ley* N.785, Editorial La Ley, edición de febrero (2012).
- RODRÍGUEZ RAMOS Luis, “*La Verdad y Las Verdades en el Proceso Penal ¿Hacia una Justicia “Dependiente” de los Medios de Comunicación*”, *Diario La Ley* N.5585, Editorial La Ley (2002).
- RODRÍGUEZ RAMOS Luis, “*La Actual Ficción del Secreto de las Actuaciones Sumariales como Conflicto de Derechos y de Poderes (Ponencia)*”, en *La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos*, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- RODRÍGUEZ RAMOS Luis, Terenciano ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, y Pedro RODRÍGUEZ, “*La Publicidad del Sumario*”, en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Edersa, Madrid (1985).
- RODRÍGUEZ TOUBES Joaquín, “*Principios, Fines y Derechos Fundamentales*”, Dykinson (2000).
- ROLLA, Giancarlo, “*El Difícil Equilibrio entre el Derecho a la Información y la Tutela de la Dignidad y la Vida Privada. Breves Consideraciones a la Luz de la Experiencia Italiana*”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 7 (2002).
- ROSE ACKERMAN Susan, “*Independencia, interferencia política y corrupción*”, *Global Corruption Report 2007. Corruption in judicial systems*, Transparency international. Cambridge University Press, 2007.
- ROSEN, Jeffrey, “*The Right to Be Forgotten*”, p. 1 (2012). Disponible en: http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten?em_x=22 (fecha de consulta: 12 de mayo de 2014).
- ROMERO COLOMA A. M., “*Derecho a la Información y Libertad de Expresión*”, Bosch (1984).
- ROXIN Claus, “*El Proceso Penal y los Medios de Comunicación*”, *Revista del Poder Judicial*, No 55 (1999).
- RUBIO LLORENTE Francisco, “*La Constitución como Fuente del Derecho*”, *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho* 1 (1979).

- RUBIO LLORENTE Francisco, "*La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Introducción*", Revista Española de Derecho Constitucional 11, No. 31 (1991)
- RUBIO LLORENTE Francisco, "*La Forma del Poder*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1993).
- RUÍZ GALLARDÓN Alberto, "*Ponencia de Inauguración del Encuentro*", en La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- SALMONA MAUREIRA Francisco José, "*Decisión Judicial y Colisión de Derechos Fundamentales*", Tribunal Constitucional de Chile, (2008).
- SAMPERE, Francisco Javier: "*Caso "Google" sobre el derecho al olvido: ¿Cómo afecta a la propuesta de Reglamento de Protección de Datos?*" (2013). Disponible en <http://www.privacidadlogica.es/2013/06/25/caso-google-sobre-el-derecho-al-olvido-como-afecta-a-la-propuesta-de-reglamento-de-proteccion-de-datos/> (fecha de consulta: 13 de mayo de 2014).
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ Santiago, "*La Libertad de Expresión*", Marcial Pons, Madrid (1992).
- SARAZÁ JIMENA Rafael, "*Jueces, Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*", Revista Jueces para la Democracia No. 56 (2006).
- SARAZÁ JIMENA Rafael, "*Libertad de Expresión e Información frente al Honor, Intimidad y Propia Imagen*", Aranzadi, Pamplona (1995).
- SCHAUER Frederick, "*Free Speech: a Philosophical Enquiry*", Cambridge University Press (1982).
- SCHEERER Sebastian, "*El Círculo de Reforzamiento Político-Periodístico. Sobre la Influencia de los Medios de Comunicación en el Proceso de Gestación de la Normativa Penal*", Revista de Derecho Penal y Criminología N.8 (2012).
- SCHNEIDER Hans-Peter, "*Democracia y Constitución*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1991).
- SCHUARTZ Bernard, "*The Bill of Rights: A Documentary History*", House Publishers, Vol. II (1971).
- SCHWARTZ, John. "Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent", New York Times, edición de 12 de Noviembre (2009)
- SERNA Pedro, "*Derechos Fundamentales: el Mito de los Conflictos. Reflexiones Teóricas a Partir de un Supuesto Jurisprudencial sobre Intimidad e Información*", Humana Iura, Vol. 4 (1994).
- SERNA Pedro, "*Dignidad de la Persona: un Estudio Jurisprudencial*", Persona y Derecho, Número 52 (2005).
- SERNA Pedro, "*Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*", Porrúa, México (2006),
- SERNA Pedro, "*Sobre las Respuestas al Positivismo Jurídico*", Persona y Derecho, No. 37 (1997).
- SERNA Pedro y TOLLER Fernando, "*La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*", La Ley (2000).
- SERRA DOMÍNGUEZ Manuel, "*El Imputado*", Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona (1969).

- SHOTLAND Roy A., *"Judicial elections in the US: is corruption an issue?"* en Global Corruption Report 2007, Corruption in judicial systems, Transparency International, Cambridge University Press (2007).
- SOLAR CAYÓN José Ignacio, *"El Realismo Jurídico de Jerome Frank: Normas, Hechos y Discrecionalidad en el Proceso Judicial"*, Boletín Oficial del Estado (2005).
- SOLOZABAL ECHAVARRIA Juan José, *"Aspectos Constitucionales de la Libertad de Expresión y el Derecho a la Información"*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 23 (1989).
- SOLOZABAL ECHAVARRIA Juan José, *"La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales"*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 11, No. 32 (1991).
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA Juan José, *"Libertad de Expresión, Información y Relaciones Laborales"*, Revista Española de Derecho Constitucional No. 26 (1989).
- SOOPER Samuel, *"The First Amendment Privilege and Public Disclosure of Private Facts"*, Catholic University Law Review, Vol. 25 (1976).
- STEINER Henry J. y ALSTON Philip, *"International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals"*, Oxford University Press (2000).
- STOLPER Israel, *"First Amendment Freedoms (1812-1962) Applicable as a Restriction upon the Status by way of the Fourteenth Amendment"* (tesis doctoral no publicada), Harvard University (1962).
- STUART MILL, John *"Law of Libel and Liberty of the Press"*, en John M. ROBSON, ed., Collected Works. Vol. XXI. Essays on Equality, Law, and Education, London, Routledge (1996) (1ª publicación, 1825).
- STROWEL Alain: *"Les conditions d'exercice du droit à l'oubli: liberté d'informer et droit à l'oubli"*, Légipresse, N° 154 (1998).
- SUNSTEIN Cass R., *"Free Speech Now"*, The University of Chicago Law Review, Vol. 59, No. 1, The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium (1992).
- SUNSTEIN Cass R., *"On Property and Constitutionalism"*, en *"Free Markets and Social Justice"*, Oxford University Press (1997).
- TARUFFO Michele, *"La Giustificazione Delle Decisioni Fondate su Standards"*, COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti, II, Torino, Giappichelli (1989).
- TARUFFO Michele, *"Responsabilità Politica del Giudice e Stile Della Motivazione"*, Città e Regioni, No. 3 (1977).
- DE TERWAGNE Cécile: *"Diffusion de la Jurisprudence Via Internet dans les Pays de l'Union Européenne et Règles Applicables aux Données Personnelles"*. Disponible en: <http://www.crid.be/pdf/public/5021.pdf> (fecha de consulta: 9 de mayo de 2014) (2005).
- TITIUM Patrick, *"Libertad de Información y Poder Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos"*, Revista del Poder Judicial. Número especial XVII: Justicia, información y opinión pública. Encuentro Jueces-Periodistas (1999).

- TOMÁS y VALIENTE Francisco, "*In Dubio Pro Reo. Libre Apreciación de la Prueba y Presunción de Inocencia*", Revista Española de Derecho Constitucional, No 20 (1987).
- TORRES DEL MORAL Antonio, Prólogo al Monográfico de Santiago Sánchez González, "*La Libertad de Expresión*", Marcial Pons Madrid (1992).
- TRIBE Lawrence, "*American Constitutional Law*", 2a. ed., Mineola, The Foundation Press (1988).
- TUCKER St. George, "*Blackstone's Commentaries: with Notes of References to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virgin*", Philadelphia (1803).
- TWINING William, "*Karl Llewellyn and the Realist Movement*", Cambridge University Press (2012).
- UPRIMNY Rodrigo, "El dilema de la Interpretación Constitucional", en AA.VV., Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas, Imprenta Nacional de Colombia (2001).
- DE URBANO Eduardo, "Sobre los límites de los Derechos de Expresión e Información (consideraciones sobre su problemática actual)", Diario La Ley N.6720 (2007).
- VALLDECABRES ORTIZ María Isabel, "*Imparcialidad del Juez y Medios de Comunicación*", Tirant lo Blanch (2004).
- DE VEGA RUIZ José Augusto, "*Libertad de Expresión, Información Veraz, Juicios Paralelos, Medios de Comunicación*", Editorial Universitas, Madrid (1998).
- VEGAS TORRES Jaime, "*Presunción de inocencia y prueba en el derecho procesal penal*", La ley (1993).
- VELASCO SANZ, Antonio Francisco. "*Acceso a la información judicial en el derecho comparado: España, Francia, Italia, Portugal, Reino Unido e Israel*", La ley (2014).
- VERGARA BLANCO Alejandro, "*El Secreto Bancario. Sobre su Fundamento, Legislación y Jurisprudencia*", Editorial Jurídica de Chile (1990).
- VERGER GRAU Joan, "*Los Juicios Paralelos y la Presunción de Inocencia con Especial Referencia al Jurado*", en La Criminalidad Organizada ante la Justicia, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (ed.), Ediciones Universidad de Sevilla (1996).
- VIDAL GIL, Ernesto J. "*Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas: un análisis de algunos casos difíciles*". Tirant lo Blanche, Valencia, (1999).
- VIGO Rodolfo, "*Directivas de Interpretación Constitucional*", en Eduardo FERRER MAC-GREGOR (ed.), Interpretación Constitucional, Tomo II, Editorial Porrúa, México (2005).
- VILLAVERDE MENENDEZ Ignacio, "*Estado Democrático e Información. El Derecho a ser Informado y la Constitución Española de 1978*", Junta General del Principado de Asturias (1994).
- VILLORIA MENDIETA, Manuel "*Corrupción judicial e influencia política en España*", Informe Global de la Corrupción, Ediciones del Puerto (2007).

- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *"La Responsabilidad de los Jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial"*, Estudios Penales y Criminológicos, Núm. IX, Santiago de Compostela (1986).
- VIVES ANTON Tomás Salvador, *"La Reforma del Proceso Penal"*, Tirant lo Blanch (1992).
- VIVES ANTÓN Tomás Salvador, "La Ley y Derechos Fundamentales (acerca del principio de legalidad en materia penal)", en *La Libertad como Pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia (1995).
- VIVES ANTÓN Tomás Salvador, "Sentido y Límites de la Libertad de Expresión", en *La Libertad como Pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia (1995).
- VILLORIA MENDIETA Manuel, *"Corrupción judicial e influencia política en España"*, Informe Global de la Corrupción, Ediciones del Puerto (2007).
- VLADECK David C., "Lessons from a Story Untold: Nike v. Kasky Reconsidered", *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 54, No. 4 (2004).
- WARREN Samuel D. and BRANDEIS Louis D., "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15 (1890).
- WEINBERG Jonathan, "Constitutional Protection of Commercial Speech", *Columbia Law Review*, Vol. 82, No. 4 (1982).
- WEINSTEIN James, "Speech Categorization and the Limits of First Amendment Formalism: Lessons from Nike v. Kasky, Case", *Western Reserve Law Review*, Volume 54 (2004).
- WERRO Franz, "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash", *Liability in the Third Millennium* (Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Leslie Jane Smith, eds. Baden-Baden, F.R.G.), may 8 2009", *Georgetown Public Law Research Paper N° 2*, pp. 285-300. Disponible en: <http://www.ssrn.com/abstract=1401357> (consulta: 8 de mayo de 2014) (2009).
- YOLDI José, *"La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos (Ponencia)"*, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- YOUNG James, "The Contempt of Court Act 1981", *British Journal of Law and Society*, Vol. 8, No. 2 (1981).
- ZAGREBELSKY Gustavo, *"El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia"*, Trotta, Madrid (2003).
- ZARAGOZA AGUADO Javier, *"La Presunción de Inocencia y los Juicios Paralelos (Ponencia)"*, Editorial La Ley, Madrid (2012).
- ZÁRATE, Sebastián: "La Problemática entre el Derecho al Olvido y la Libertad de Prensa", *Revista Nueva Época*, N° 13 (marzo-mayo) (2013). Disponible en: <http://www.derecom.com/numeros/pdf/zarate.pdf> (consulta: 11 de mayo de 2014).
- ZIMMERMAN Diane L., "False Light Invasion of Privacy: The Light That Failed", *64 New York University Law Review* 364 (1989).
- ZIMMERMAN Diane L., "Requiem for a Heavyweight: a Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort", *Cornell Law Review*, Vol. 68 (1983).
- ZOLLER Elizabeth, *"Droit Constitutionnel"*, PUF (1999).

Documentos y normativas

- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente de la Constitución Política de la República de Chile, Sesión 124, celebrada el 27 de mayo de 1975.
- Acta de Derechos Humanos del Reino Unido (Human Rights)
- Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de septiembre de 2001 (Sala Penal)
- Código Deontológico de la Federación de Asociaciones de Prensa de España (aprobado el 27 de noviembre de 1993)
- Decisión Marco 2001/220/JAI de la Comunidad Europea
- Decisión Marco 2008/977/JAI de la Comunidad Europea
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776)
- Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión (2000)
- Declaración del Pleno del CGPJ, de 25 de Enero de 1995
- Declaración sobre Buscadores de Internet de 1 de diciembre de 2007, Agencia Española de Protección de Datos (2007)
- Directiva 1995/46/CE
- Directiva 2002/58/CE
- Directiva 2005/20/CE
- Directiva 2009/22/CE
- Directiva 2012/29/CE
- Estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) barómetro número 2861, de febrero del 2011
- Encuesta Special EuroBarometer 359, Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union (June 2011)
- Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU Contra la Trata de Personas
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre casos particulares, Número 11/96, (1996)
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Washington, (2000)
- Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2004
- Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2009
- Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2010
- Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2011
- Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012
- Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2013
- Informe General “Barómetro interno de opinión de la abogacía española 2013” Consejo General de la Abogacía Española (2013)

- Informe 2013 de la Actividad Judicial elaborado por el Observatorio de la Actividad de la Justicia, Fundación Wolters Kluwer
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1993 de 16 de marzo
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2002 de 7 de febrero
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2005 de 7 de abril
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/2005 de 26 de julio
- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2007 de 15 de febrero
- Ley Modelo contra la trata de personas, de la ONUDD
- Libro verde de la Comunidad Europea sobre la Presunción de Inocencia”, Bruselas, 26.4.2006, COM (2006)
- Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal, de la ONUDD (2009)
- Memoria de la Agencia Española de Protección de Datos del año 2011, Agencia Española de Protección de Datos (2011).
- Normas de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1995
- Opinión Consultiva OC 5/85 sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas de la CIDH (1985).
- Opinión Consultiva OC 6/86, “La Expresión de “Leyes” en el Artículo 30 de la CIDH, (1986)
- Opinión Consultiva OC-7/86 sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (1986)
- Press Release de 28 de Enero de 2014. Comisión Europea.
- Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea
- Protocolo de Acceso de los medios de comunicación a las salas de vista TSJ de Cataluña, de Febrero del 2007
- Protocolo de Comunicación del TS 4 de abril de 2006
- Protocolo de la ONU contra la Trata de Personas
- Proyecto del nuevo Código Procesal Penal de 26 de febrero de 2013
- Proyecto de Ley de Protección del Honor y de la Intimidad de las Personas, (Boletín N° 2370-07, Congreso de Chile).
- Recomendación 13(2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativo a las informaciones sobre procedimientos penales en medios de comunicación
- Recomendaciones para una Navegación más Privada. Agencia Española de Protección de Datos (2013).
- Reglamento 1/2004 aprobado por el CGPJ el 26 de Julio del 2004
- Reglamento 1/2005 sobre los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales
- Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Comisión Europea (2012).
- Resolución N° R/02037/2012, *A.A.A v. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado*, de fecha 29 de agosto de 2012.

- Resolución del Parlamento Europeo “on the Commission Green Paper Pluralism and Media Concentration in the Internal Market”, (OJ C 44/179. 14), de 1994
- Restatement of the Law (Second) of Torts, The American Law Institute (1965).
- Special EuroBarometer 359, Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union (2011),
- The Rights of Fair Trial and Free Press: the American Bar Association Standards, Standing Committee on Association and Communications of the ABA, ABA Press, Chicago (1980)

1. Corte Europea de Derechos Humanos

- CEDH N° 332/57, *Lawless v. Irlanda*, del 14 de Noviembre de 1960
- CEDH N° 2689/65, *Delcourt v. Bélgica*, de 17 de Enero de 1970
- CEDH N° 2899/66, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Bélgica*, de 18 de Junio de 1971
- CEDH N° 2614/65, *Ringeisen v. Austria*, de 16 de Julio de 1971
- CEDH N° 4451/70, *Golder v. Reino Unido*, de 21 de Febrero de 1975
- CEDH N° 5493/72, *Handyside v. Reino Unido*, de 7 de Diciembre de 1976
- CEDH N° 5029/71, *Klass y otros v. Alemania*, de 6 de Septiembre de 1978
- CEDH N° 6538/74, *Sunday Times v. Reino Unido*, de 26 de Abril 1979
- CEDH No 8273/78, *Axen v. Alemania*, de 8 de Diciembre de 1983
- CEDH N° 7984/77, *Pretto and others v. Italia*, de 8 de Diciembre de 1983
- CEDH N° 7819/77 y 7878/77, *Campbell and Fell v. Reino Unido*, de 28 de Junio de 1984
- CEDH N° 8734/79, *Barthold v. República Federal de Alemania*, de 25 Marzo de 1985
- CEDH N° 9815/82, *Lingens v. Austria*, de 8 de Julio de 1986
- CEDH N° 9840/82, *B. v. el Reino Unido*, de 8 de Julio de 1987
- CEDH N° 10737/84, *Müller y otros v. Suiza*, de 24 Mayo de 1988
- CEDH N° 10590/83, *Barberà, Messegué y Jabardo v. España*, de 6 de Diciembre de 1988
- CEDH N° 11508/85, *Barfod v. Dinamarca*, de 22 de Febrero de 1989
- CEDH N°10572/83, *Markt Verlag GmbH y Klaus Beermaan v. Alemania*, de 20 de Noviembre de 1989
- CEDH N° 10890/84, *Groppera Radio AG y otros v. Suiza*, de 28 de Marzo de 1990
- CEDH N° 12726/87, *Autronic AG v. Suiza*, de 22 de Mayo de 1990
- CEDH N° 11800/85, *Ezelin v. Francia*, de 18 de Marzo de 1991
- CEDH N° 15974/90, *Prager y Oberschlick v. Austria*, de 26 de Abril de 1991
- CEDH N° 13585/88, *Observer Guardian v. Reino Unido*, de 16 de Noviembre de 1991
- CEDH N° 61/1990/252/323, *Margareta y Roger Andersson v. Suecia*, de 25 de Febrero de 1992
- CEDH N° 11798/85, *Castells v. España*, de 23 de Abril de 1992
- CEDH N° 13778/88, *Thorgeir Thorgeirson v. Islandia*, de 25 Junio de 1992
- CEDH N° 13704/88, *Schwabe v. Austria*, de 28 de Agosto de 1992

- CEDH N° 13308/87, Chorherr v. Austria, de 25 de Agosto de 1993
- CEDH N° 15088/89, Jacobowski v. Alemania, de 23 de Junio de 1994
- CEDH N°13470/87, Otto-Preminger Institut v. Austria, de 23 Agosto de 1994
- CEDH N° 15890/89, Jersild v. Dinamarca, de 23 de Septiembre de 1994
- CEDH N° 15153/89, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, de 19 de Diciembre de 1994
- CEDH N° 16616/90, Vereniging Weekblad Bluf! v. Países Bajos, de 9 de Febrero 1995
- CEDH No 15175/89, Allenet de Ribemont v. Francia, de 10 de Febrero de 1995
- CEDH N° 15773, Piermont v. Francia, de 27 de Abril de 1995
- CEDH N° 18139/91, Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido, de 13 de Julio de 1995
- CEDH N° 121/1996/740/939, Grigoriades v. Grecia, de 25 de Noviembre de 1995
- CEDH N° 17488/90, Goodwin v. Reino Unido, de 27 de Marzo de 1996
- CEDH N° 17419/90, Wingrove v. Reino Unido, de 25 de Noviembre de 1996
- CEDH N° 26601/95, Leiningen-Westerburg v. Austria, de 20 de Enero de 1997
- CEDH N° 19983/92, De Haes and Gijssels v. Bélgica, de 24 de Febrero de 1997
- CEDH N° 22714/93, Worm v. Austria, de 29 de Agosto de 1997
- CEDH N° 18954/91, Zana v. Turquía, de 25 de Noviembre de 1997
- CEDH N° 56/1997/840/1046, Schöpfer v. Suiza, de 20 de Mayo de 1998
- CEDH N° 23536/94 y 2448/94, Baskaya y Okçuoglu v. Turquía, de 8 de Julio de 1998
- CEDH N° 59/1997/843/1049, Hertel v. Suiza, de 25 de Agosto de 1998
- CEDH N° 67/1997/851/1058, Steel y otros v. Reino Unido, de 23 de Septiembre de 1998
- CEDH N° 24662/94, Lehideux e Isorni v. Francia, de 23 de Septiembre de 1998
- CEDH N° 29183/95, Fressoz y Roire v. Francia, de 21 de Enero 1999
- CEDH N° 25390/94, Rékvenyi v. Hungría, de 20 de Mayo de 1999
- CEDH N° 23168/94, Karatas v. Turquía, de 8 de Julio de 1999
- CEDH N° 26682/95, Sürek v. Turquía (no. 1), de 8 Julio de 1999
- CEDH N° 22479/93, Oztürk v. Turquía, de 28 de Septiembre de 1999
- CEDH N° 28396/95, Wille v. Liechtenstein, de 28 de Octubre de 1999
- CEDH N° 23118/93, Nielsen Johnsen v. Noruega, de 25 de Noviembre de 1999
- CEDH N° 24888/94, V. v. el Reino Unido, de 16 de Diciembre de 1999
- CEDH N° 31457/96, News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria, de 11 de Enero de 2000
- CEDH N° 39293/98, Fuentes Bobo v. España, de 29 Febrero 2000

- CEDH N° 24773/94, Andreas Wabl v. Austria, de 21 de Marzo de 2000
- CEDH N° 26132/95, Bergens Tidende y otros v. Noruega, 2 de Mayo de 2000
- CEDH N° 37698/97, Lopes Gomes Da Silva v. Portugal, de 28 de Septiembre de 2000
- CEDH N° 34000/96, Roy et Malaurie v. Francia, de 3 de Octubre de 2000
- CEDH N° 26958/95, Jerusalem v. Austria, de 27 de Febrero de 2001
- CEDH N° 32686/96, Marônek v. Eslovaquia, de 19 de Abril de 2001
- CEDH N° 24699/94, Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Suiza, de 28 de Junio de 2001
- CEDH N° 29032/95, Feldek v. Eslovaquia, de 12 de Julio de 2001
- CEDH N° 39288/98, Association Ekin v. Francia, de 17 de Julio de 2001
- CEDH N° 48898/99, Perna v. Italia, de 25 de Julio de 2001
- CEDH N° 28525/95, Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria, de 26 de Febrero de 2002
- CEDH N° 31611/96, Nikula v. Finlandia, de 21 de Marzo de 2002
- CEDH N° 29590/96, Yağmurdereli v. Turquía, de 4 de Junio de 2002
- CEDH N° 51279/99, Colombani y otros v. Francia, de 25 de Junio de 2002
- CEDH N° 37928/97, Stambuk v. Alemania, de 17 de Octubre de 2002
- CEDH N° 38743/97, Demuth v. Suiza, de 5 de Noviembre de 2002
- CEDH N° 53886/00, Tourancheau et July v. Francia, de 2 de Octubre de 2003.
- CEDH N° 53984/00, Radio Francia y otros v. Francia, de 30 de Marzo de 2004
- CEDH N° 26982/95, Mehdi Zana v. Turquía, 6 de Abril de 2004
- CEDH N° 58148/00, Plon v. Francia, 18 de Mayo de 2004
- CEDH N° 49017/99, Pedersen y Baadsgaard v. Dinamarca, de 17 de Diciembre de 2004
- CEDH N° 33348/96, Cumpana y Mazare v. Rumania, de 17 de Diciembre de 2004
- CEDH N° 68416/01, Steel y Morris v. Reino Unido, de 15 de Febrero de 2005
- CEDH N° 58547/00, Wirtschafts-Trend Zeitschriften-Verlags GmbH v. Austria, de 27 de Octubre de 2005
- CEDH N° 75088/01, Urbino Rodrigues v. Portugal, de 29 de Noviembre de 2005
- CEDH N° 54968/00, Paturel v. Francia, de 22 de Diciembre de 2005
- CEDH N° 64016/00, Giniewski v. Francia, de 31 de Enero de 2006
- CEDH N° 71343/01, Brasilier v. Francia, 11 de Abril de 2006
- CEDH N° 37464/02, Standard Verlagsgesellschaft mbH (no. 2) v. Austria, de 22 de Febrero de 2007
- CEDH N° 510/04, Tonsbergs Blad AS y Haukom v. Noruega, de 1 de Marzo de 2007

- CEDH N° 73333/01, Ciloglu y Otros v. Turquía, de 6 de Marzo de 2007
- CEDH N° 15394/02, Ilicak v. Turquía, de 5 Abril de 2007
- CEDH N° 8691/02, Silay v. Turquía, de 5 Abril de 2007
- CEDH N° 7333/06, Lombardo y otros v. Malta, de 24 de Abril de 2007
- CEDH N° 34797/03, Ulusoy y otros v. Turquía, de 3 de Mayo de 2007
- CEDH N° 71156/01, 97 Miembros de la Congregación de los Testigos de Jehová de Gldani y otros v. Georgia, de 3 de Mayo de 2007
- CEDH No 1914/02, Dupuy et autres v. Francia, de 7 de Junio de 2007
- CEDH N° 71111/01, Hachette Filipacchi asociados (Paris-Match) v. Francia, de 14 de Junio de 2007
- CEDH N° 41551/98, Karatepe v. Turquía, de 31 de Julio de 2007
- CEDH N° 57045/00, Zhechev v. Bulgaria, de 21 de Septiembre de 2007
- CEDH N° 27935/05, Filipovic v. Serbia, de 20 de Noviembre de 2007
- CEDH N° 6587/03, Nur Radyo Ve Televizyon Yayinciligi A.S. v. Turquía, de 27 de Noviembre de 2007
- CEDH N° 11369/03, Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim A.S. v. Turquía, de 4 de Diciembre de 2007
- CEDH N° 19331/05, Katrami v. Grecia, de 6 de Diciembre de 2007
- CEDH N° 6969801/01, Stoll v. Suiza, de 10 de Diciembre de 2007
- CEDH N° 19353/03, Saygili y otros v. Turquía, de 8 de Enero de 2008
- CEDH N° 36207/03, Romyana Ivanova v. Bulgaria, de 14 de Febrero de 2008
- CEDH N° 20893/03, July and Sarl Libération v. Francia, de 14 de Febrero de 2008
- CEDH N° 15601/02, Kuliś v. Polonia, de 18 de Marzo de 2008
- CEDH N° 20620/04, Azevedo v. Portugal, de 27 de Marzo de 2008
- CEDH N° 17107/05, Campos Dâmaso v. Portugal, de 24 de Abril de 2008
- CEDH N° 73715/01, Kutlular v. Turquía, de 29 de Abril de 2008
- CEDH N° 17550/03, Alithia Publishing Company Ltda. v. Chipre, de 22 de Mayo de 2008
- CEDH N° 159009/06, I Avgi Publishing and Press Agency S.A. & Karis v. Grecia, de 5 de Junio de 2008
- CEDH N° 32283/04, Meltex y otros v. Armenia, de 17 de Junio de 2008
- CEDH N° 15948/03, Soulas v. Francia, de 10 de Julio de 2008
- CEDH N° 513/05, Schmidt v. Austria, de 17 de Julio de 2008
- CEDH N° 42211/07, Riolo v. Italia, de 17 de Julio de 2008
- CEDH N° 28940/95, Foka v. Turquía, de 24 de Junio de 2008
- CEDH N° 33629/06, Vajnai v. Hungría, de 8 de Julio de 2008
- CEDH N° 22824/04, Flux v. Moldavia (no. 6), de 29 de Julio de 2008
- CEDH N° 38224/03, Sanoma Uitgevers B.V. v. Países Bajos, de 31 de Marzo de 2009
- CEDH N° 25803/04, Herri Batasuna y Batasuna v. España, de 30 de Junio de 2009
- CEDH N° 28070/06, A. v. Noruega, de 9 de Julio de 2009

- CEDH N° 13936/02, Manole v. Moldavia, de 17 de Septiembre de 2009
- CEDH N° 35579/02, Etxcheberria y otros v. España, de 6 de Noviembre de 2009
- CEDH N° 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06, 28964/06, Aguilra Jiménez v. España, de 8 de Diciembre de 2009
- CEDH N° 49330/07, Alfantakis v. Grecia, de 11 de Febrero de 2010
- CEDH N° 40984/07, Fatullayev v. Azerbaiyán, de 22 de Abril de 2010
- CEDH N° 17265/05, Brunet Lecomte y Lyon Mag. v. Francia, 6 de Mayo de 2010
- CEDH N° 16023/07, Gutiérrez Suárez v. España, de 1 de Junio de 2010
- CEDH N° 34875/07, Roland Dumas v. Francia, de 15 de Julio de 2010
- CEDH N° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, Dink y otros v. Turquía, 14 de Septiembre de 2010
- CEDH N° 51762/07, 51882/07, Eusko Abertzale Ekintza - Acción Nacionalista Vasca v. España, de 7 de Diciembre de 2010
- CEDH N° 4035/08, Barata Monteiro da Costa Nogueira y Patricio Pereira v. Portugal, de 11 de Enero de 2011
- CEDH N° 39401/04, MGN Limited v. Reino Unido, de 18 de Enero de 2011
- CEDH N° 30881/09, Yleisradio Oy a.o. v. Finlandia, 8 de Febrero de 2011
- CEDH N° 2034/07, Otegui Mondragón v. España, de 15 Marzo de 2011
- CEDH N° 50084/06, RTBF v. Bélgica, de 29 de Marzo de 2011
- CEDH N° 22385/03, Kasabova v. Bulgaria, de 19 de Abril de 2011
- CEDH N° 33014/05, Comité de Redacción Pravoye Delo y Shtekel v. Ucrania, de 5 de Mayo de 2011
- CEDH N° 18990/05, Wizerkaniuk v. Polonia, de 5 de Julio de 2011
- CEDH N° 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06, Palomo Sánchez v. España, de 12 de Septiembre de 2011
- CEDH N° 28198/09, Mor v. Francia, de 11 Diciembre de 2011
- CEDH N° 34702/07, Standard Verlags GmbH v. Austria (no. 3), de 10 de Enero de 2012
- CEDH N° 40660/08, 60641/08, Von Hannover v. Alemania (no. 2), de 7 de Febrero de 2012
- CEDH N° 1813/07, Vejdeland y otros v. Suecia, de 9 de Febrero de 2012
- CEDH N° 41723/06, Gillberg v. Suecia, de 3 de Abril de 2012
- CEDH N° 38433/09, Centro Europa 7 Srl. y Di Stefano v. Italia, de 7 de Junio de 2012
- CEDH N° 26005/08, 26160/08, Tatár y Fáber v. Hungría, de 12 de Junio de 2012
- CEDH N° 34124/06, Schweizerische Radio - und Fernsehgesellschaft SRG v. Suiza, de 21 de Junio de 2012
- CEDH N° 16354/06, Mouvement Raëlien Suisse v. Suiza, de 13 de Julio de 2012
- CEDH N° 6086/10, Karpetas v. Grecia, de 30 de Octubre de 2012

- CEDH N° 39315/06, Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. y otros v. Países Bajos, de 22 de Noviembre de 2012
- CEDH N° 3111/10, Ahmet Yildirim v. Turquía, de 18 de Diciembre de 2012
- CEDH N° 36769/08, Ashby Donal y otros v. Francia, de 3 de Enero de 2013
- CEDH N° 40397/12, Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi v. Suecia, de 19 de Febrero de 2013
- CEDH N° 61005/09, Varela Geis v. España, de 5 de Marzo de 2013
- CEDH N° 26118/10, Eon v. Francia, de 14 de Marzo de 2013
- CEDH N° 48876/ 08, Animal Defenders International v. Reino Unido, de 22 de Abril de 2013
- CEDH N° 29369/10, Maurice v. Francia, de 11 de Julio de 2013
- CEDH N° 40454/07, Couederc y Hachette Filipacchi Asociados contra Francia, de 12 de Junio de 2014, (revisada por la Gran Sala el 13 de octubre de 2014).

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Opinión Consultiva sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas, OC 5/85, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1985)
- CIDH, Cantoral Benavides v. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000
- CIDH, “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile, sentencia de 5 de Febrero de 2001
- CIDH, Ivcher Bronstein v. Perú, sentencia de 6 de Febrero de 2001
- CIDH, Herrera Ulloa v. Costa Rica, sentencia de 2 de Julio de 2004
- CIDH, Canese v. Paraguay, sentencia de 31 de Agosto de 2004
- CIDH, Lori Berenson Mejía v. Perú, sentencia de 25 de Noviembre de 2004
- CIDH, Palamara Iribarne v. Chile, sentencia de 22 de Noviembre de 2005
- CIDH, Claude Reyes v. Chile, sentencia de 19 de Septiembre de 2006
- CIDH, Kimel v. Argentina, sentencia de 2 de Mayo de 2008
- CIDH, Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela, sentencia de 5 de Agosto de 2008
- CIDH, Tristán Donoso v. Panamá, sentencia de 27 de Enero de 2009
- CIDH, Donoso v. Panamá, sentencia de 27 de Enero de 2009
- CIDH, Perozo y otros v. Venezuela, sentencia de 28 de Enero de 2009
- CIDH, Ríos y otros v. Venezuela, sentencia de 28 de Enero de 2009
- CIDH, Cepada Vargas v. Colombia, sentencia de 26 de Mayo de 2010
- CIDH, Usón Ramírez v. Venezuela, sentencia de 20 de Noviembre de 2009

- CIDH, Gomes Lund y otros v. Brasil, sentencia de 24 de Noviembre de 2010
- CIDH, Fontevecchia D'amico v. Argentina, sentencia de 29 de Noviembre de 2011
- CIDH, González Medina y Familiares v. República Dominicana, sentencia de 27 de Febrero de 2012
- CIDH, Uzcátegui y otros v. Venezuela, sentencia de 3 de Septiembre de 2012
- CIDH, Vélez Restrepo v. Colombia, sentencia de 3 de Septiembre de 2012

3. Tribunal Constitucional español

- STC 6/1981
- STC 18/1981
- STC 38/1981
- STC 61/1981
- STC 2/1982
- STC 6/1982
- STC 11/1982
- STC 12/1982
- STC 13/1982
- STC 30/1982
- STC 40/1982
- STC 62/1982
- STC 77/1982
- STC 86/1982
- STC 53/1983
- STC 81/1983
- STC 105/1983
- STC 120/1983
- STC 110/1984
- STC 13/1985
- STC 23/1985
- STC 37/1985
- STC 51/1985
- STC 88/1985
- STC 141/1985
- STC 30/1986
- STC 104/1986
- STC 109/1986
- STC 159/1986
- STC 167/1986
- STC 168/1986
- STC 186/1986
- STC 29/1987

- STC 96/1987
- STC 165/1987
- STC 159/1987
- STC 165/1987
- STC 6/1988
- STC 38/1988
- STC 46/1988
- STC 107/1988
- STC 176/1988
- STC 231/1988
- STC 51/1989
- STC 129/1989
- STC 185/1989
- STC 20/1990
- STC 76/1990
- STC 105/1990
- STC 120/1990
- STC 126/1990
- STC 171/1990
- STC 172/1990
- STC 181/1990
- STC 206/1990
- STC 240/1990
- STC 36/1991
- STC 64/1991
- STC 71/1991
- STC 143/1991
- STC 192/1991
- STC 197/1991
- STC 206/1991
- STC 214/1991
- STC 20/1992
- STC 40/1992
- STC 65/1992
- STC 85/1992
- STC 219/1992
- STC 223/1992
- STC 227/1992
- STC 240/1992
- STC 15/1993
- STC 21/1993
- STC 76/1993
- STC 123/1993
- STC 178/1993
- STC 232/1993
- STC 254/1993
- STC 286/1993
- STC 336/1993
- STC 371/1993

- STC 41/1994
- STC 57/1994
- STC 99/1994
- STC 134/1994
- STC 136/1994
- STC 205/1994
- STC 288/1994
- STC 320/1994
- STC 6/1995
- STC 22/1995
- STC 42/1995
- STC 60/1995
- STC 66/1995
- STC 76/1995
- STC 79/1995
- STC 92/1995
- STC 128/1995
- STC 132/1995
- STC 139/1995
- STC 166/1995
- STC 173/1995
- STC 176/1995
- STC 4/1996
- STC 19/1996
- STC 28/1996
- STC 41/1996
- STC 52/1996
- STC 55/1996
- STC 106/1996
- STC 120/1996
- STC 136/1996
- STC 138/1996
- STC 157/1996
- STC 186/1996
- STC 190/1996
- STC 270/1996
- STC 3/1997
- STC 14/1997
- STC 45/1997
- STC 51/1997
- STC 121/1997
- STC 139/1997
- STC 142/1997
- STC 204/1997
- STC 240/1997
- STC 1/1998
- STC 6/1998
- STC 37/1998
- STC 46/1998

- STC 144/1998
- STC 145/1998
- STC 18/1999
- STC 57/1999
- STC 90/1999
- STC 134/1999
- STC 136/1999
- STC 144/1999
- STC 154/1999
- STC 162/1999
- STC 166/1999
- STC 180/1999
- STC 187/1999
- STC 192/1999
- STC 241/1999
- STC 11/2000
- STC 21/2000
- STC 46/2000
- STC 52/2000
- STC 110/2000
- STC 112/2000
- STC 113/2000
- STC 115/2000
- STC 127/2000
- STC 185/2000
- STC 186/2000
- STC 290/2000
- STC 292/2000
- STC 297/2000
- STC 2/2001
- STC 49/2001
- STC 64/2001
- STC 66/2001
- STC 69/2001
- STC 81/2001
- STC 139/2001
- STC 148/2001
- STC 156/2001
- STC 204/2001
- STC 20/2002
- STC 46/2002
- STC 47/2002
- STC 52/2002
- STC 76/2002
- STC 79/2002
- STC 83/2002
- STC 99/2002
- STC 115/2002
- STC 121/2002

- STC 148/2002
- STC 185/2002
- STC 232/2002
- STC 235/2002
- STC 14/2003
- STC 48/2003
- STC 101/2003
- STC 117/2003
- STC 126/2003
- STC 127/2003
- STC 158/2003
- STC 160/2003
- STC 43/2004
- STC 54/2004
- STC 56/2004
- STC 57/2004
- STC 65/2004
- STC 127/2004
- STC 151/2004
- STC 197/2004
- STC 299/2004
- STC 1/2005
- STC 22/2005
- STC 39/2005
- STC 159/2005
- STC 216/2005
- STC 232/2005
- STC 278/2005
- STC 53/2006
- STC 69/2006
- STC 114/2006
- STC 126/2006
- STC 155/2006
- STC 174/2006
- STC 181/2006
- STC 216/2006
- STC 299/2006
- STC 338/2006
- STC 9/2007
- STC 24/2007
- STC 139/2007
- STC 145/2007
- STC 235/2007
- STC 244/2007
- STC 56/2008
- STC 68/2008
- STC 213/2008
- STC 815/2008
- STC 29/2009

- STC 129/2009
- STC 137/2010
- STC 40/2011
- STC 62/2011
- STC 99/2011
- STC 5/2012
- STC 138/2012
- STC 235/2012
- STC 180/2013
- STC 316/2013
- STC 12/2012
- STC 73/2014
- STC 133/2014
- STC 140/2014
- STC 151/2014
- STC 160/2014

- ATC 293/1982
- ATC 195/1983
- ATC 358/1983
- ATC 195/1991
- ATC 19/1993
- ATC 155/1999
- ATC 100/2001
- ATC 516/2004

5. Tribunal Supremo Español

- STS de 21 de abril de 1980 (sala segunda)
- STS de 29 de Septiembre de 1980
- STS de 13 de febrero de 1981 (sala segunda)
- STS de 16 de enero de 1986
- STS de 2 de noviembre de 1989
- STS de 30 de diciembre de 1989
- STS de 14 de junio de 1990
- STS de 4 de febrero de 1991
- STS de 4 de marzo de 1991
- STS de 29 de noviembre de 1991
- STS de 18 de diciembre de 1991
- STS de 23 de abril de 1992 (sala segunda)
- STS de 3 de diciembre de 1992
- STS de 13 de junio de 1998
- STS de 9 de julio de 1999
- STS de 14 de julio de 1999

- STS de 27 de septiembre de 1999
- STS 24 de abril del 2000
- STS de 30 de abril de 2000
- STS de 9 de febrero de 2004
- STS de 17 de marzo del 2005 (sala tercera)
- STS de 25 de febrero de 2008
- STS de 16 de octubre de 2008
- STS del 26 de noviembre de 2008

4. Corte Suprema de los Estados Unidos

- *Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1876)
- *Fox v. Washington*, 236 U.S. 273 (1915)
- *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)
- *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919)
- *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919)
- *Pierce v. United States*, 252 U.S. 239 (1920)
- *Gilbert v. Minnesota*, 254 U.S. 325 (1920)
- *United States ex rel. Milwaukee Social Democratic Publishing Co. v. Burleson*, 255 U.S. 407 (1921)
- *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)
- *Burns v. United States*, 274 U.S. 328 (1927)
- *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927)
- *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380 (1927)
- *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929)
- *Stromberg v. California*, 283 U.S.359 (1931)
- *Near v. Minnesota*, 283 U.S.697 (1931)
- *Grosjean v. American Press Co.*, 297 US (1936)
- *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937)
- *United United States v. 12 200-ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 (1973).*States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938)
- *Times-Mirror v. California*, 314 U.S. 252 (1941)
- *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942)
- *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)
- *Jones v. City of Opelika*, 316 U.S. 584 (1942)
- *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945)
- *Craig v. Harney*, 331.U.S. (1947)
- *Winters v. New York*, 333 U.S. 507 (1948)
- *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)
- *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 169 (1952)
- *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953)
- *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957)
- *Butler v. Michigan*, 352 U.S. 380 (1957)
- *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960)
- *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961)
- *Rideau v. Louisiana* 373 US 723 (1963)

- *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964)
- *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)
- *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532, (1965)
- *Cox v. Louisiana*, 379 US 559 (1965)
- *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39 (1966)
- *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966)
- *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966)
- *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966)
- *Curtis Publishing Co. v. Butts* 388 U.S. 130 (1967)
- *chain*
- *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967)
- *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968)
- *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968)
- *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367(1969)
- *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)
- *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)
- *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971)
- *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*, 401 U.S. 295 (1971)
- *Rosenbloom v. Metromedia*, 403 U.S. (1971)
- *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974)
- *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974)
- *Times-Picayune Pub. Corp. v. Schulingkamp*, 419 U.S. 1301 (1974)
- *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809 (1975)
- *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).
- *Time Inc. v. Firestone* 424 U.S. 484-487 (1976)
- *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976)
- *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978)
- *Friedman v. Rogers*, 440 U.S. 1 (1979)
- *Wolston v. Reader's Digest Association, Inc.*, 443 U.S. 157 (1979)
- *Prune Yard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980)
- *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S., 557 (1980)
- *Weinberger v. Catholic Action of Hawaii*, 454 U.S. 139 (1981)
- *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983)
- *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983)
- *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697 (1986)
- *Dow Jones & Co., Inc. v. Simon*, 488 U.S. 946 (1988)
- *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989)
- *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U.S. 524 (1989).
- *US Dept. of Justice v. Reporters Committee*, 489 U.S. 749 (1989).
- *International Soc. for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992)
- *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995)
- *Liquormart, Inc. et al. v. Rhode Island et al.*, 517 U.S. 484 (1996)
- *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001)
- *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003).
- *Borough of Duryea v. Guarnieri*, 564 U.S. (2011)
- *FCC, et al., petitioners v. Fox Television Stations, Inc., et al y el caso FCC, et al., petitioners v. ABC, Inc., et al.* 576 U.S.(2012)

5. Otras sentencias

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

- “*Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*”, sentencia de 13 de mayo de 2014, Caso C-131/12.

Alemania

- BVerfGE 7, 198 (1958) (Caso Lüth)
- BVerfGE 20 162 (1966) (Caso Spiegel)
- BVerfGE 35, 202, (1973) (Caso Lebach)
- BVerfGE 39, 1 41 (1975) (Decisión sobre el aborto)

Chile

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó (confirmada por la Corte Suprema) de 19 de octubre de 1998, Revista Fallos del Mes (No. 480), p. 2286-2293 (p.2290), octubre (1998).

Estados Unidos

- *Pavesich v. New England Mutual Life Insurance Co.* (1905).
- *Moser v. Press Publishing Co.* (109 N.Y.S. 963, 965) (1908)
- *Jeffries v. New York Evening Journal Publishing Co.*, 67 Misc. 570, 124 N.Y.S. 780 (1910)
- *Humiston v. Universal Film Manufacturing Co.* (1919)
- *Sidis v. F-R Publishing Corp.*, 113 F. 2d 806, 809 (2d Cir.) (1940)
- *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 62 S.Ct. 190, 86 L.Ed. 192 (1941)
- *Cohen v. Marx*, 94 Cal. App. 2d 704, 211 P. 2d 321 (1949)
- *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, 118 Cal. App. 2d 191, 238 P. 2d 670 (1951)
- *Chaplin v. National Broadcasting Co.*, 15 F.R.D. 134, S.D.N.Y. (1953)
- *Jenkins v. Dell Publishing Co.*, 251 F.2d 447 (3d Cir.) (1958)
- *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.*, 4 Cal.3d 529. (1971)
- *Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products, Inc.*, 694 F.2d 674, 677 (11 Cir. 1983).
- *Westbrook v. County of Los Angeles* (1994) 27 Cal. App. 4th 157 [32 Cal. Rptr. 2d 382]. (1994)
- *Uranga v. Federal Publication Inc.*, Idaho, Supreme Court No. 27118 (on rehearing) (2003).

Francia

- Sentencia de la Tribunal de Gran Instancia de Sena, 4 de octubre de 1965
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris, 15 de mayo de 1970
- Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, 6 de diciembre de 1979
- Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, Sala Primera, 25 de marzo de 1987
- Sentencia de la Corte de Casación Civil del 20 de noviembre de 1990

- Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, 4 de diciembre de 1996
- Sentencia de la Corte de Casación de 9 Abril de 1998
- Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, 12 de noviembre de 1998
- Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, fecha 8 de marzo de 2001
- Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, 12 de julio de 2001
- Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, 3 de junio de 2004
- Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, 27 de febrero de 2007

Guatemala

- Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 30 de noviembre de 2010 (Expedientes 1373-2009, 1412-2009, 1413-2009)

Italia

- Sentencia 1563/1958 de la Corte de Casación
- Sentencia 1146/1988 de la Corte Constitucional
- Sentencia 3679/1998 de la Corte de Casación
- Sentencia 45051/2009 de la Corte de Casación (5ªPenal)

Reino Unido

- Attorney General v. Times Newspapers Ltd. (1974)
- Attorney General v. BBC (1981)
- Attorney General v. Associated Newspapers Limited and Others (1994)
- Attorney General v. Punch Ltd. and another (2000)
- Attorney General v. British Broadcasting Corporation (2007)

Venezuela

- Sentencia de 12 de junio de 2001. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional (*Amparo Constitucional de Elías Santana v. Hugo Chávez Frías y Teresa Maniglia*).