

# JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

### I. SENTENCIAS COMENTADAS

#### HERMANOS PATIÑO CONTRA “EL PAIS” Y “DIARIO 16”

Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.ª (“BOE” 30-11-1990), y 172/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.ª (“BOE” 30-11-1990)

Area de Derecho Civil, Universitat Pompeu Fabra

JUAN-JOSE CANO GONZALEZ  
M.ª DOLORES FERREZ FERNANDEZ  
MARGARITA GARRIGA GORINA  
PABLO SALVADOR CODERCH (Director)

**SUMARIO:** I. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988. 1. Los hechos. 2. El pleito en las dos instancias y en el Tribunal Supremo.—II. Los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. 1. Los dos recursos de amparo. 2. Posición del Ministerio Fiscal. 3. Los demandantes en el proceso originario de la decisión recurrida en amparo.— III. Las sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre (Sala 2.ª); y 172/1990, de 12 de noviembre (Sala 2.ª). 1. La STC 171/1990. A) Derecho a la información veraz y a la libertad de expresión. a) Hechos probados y recurso de amparo. b) Informaciones sobre asuntos públicos que son de interés general. c) Verdad y diligencia en su contrastación. La cuestión de la carga de la prueba. Verdad sustancial y rectificación voluntaria de inexactitudes. d) Hechos y opiniones; conjeturas e insultos. e) Animo de injuriar. B) El art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18.3.1966. C) Pluralidad de daños y acumulación de acciones. 2. La STC 172/1990. A) Los límites a la libertad de información y de expresión. a) Información y diligencia en contrastar su veracidad: beneficios generales y costos particulares. b) Publicación y referencia a las fuentes de información. c) Opiniones

y su límite. Expresiones literalmente injuriosas y ánimo de injuriar. d) Información e intimidad. e) Resolución del caso. B) El art. 65 de la Ley de Prensa e imprenta de 18.3.1966. C) Pluralidad de acciones dañosas y acumulación.

## I. LA SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1988

### 1. Los hechos

Los diarios EL PAIS, en sus ediciones del 20 de febrero (p. 14), 14 de marzo (p. 20) y 17 de marzo (pp. 1 y 64) de 1985, y DIARIO 16, en los días 22 de febrero (p. 1), 23 de febrero (p. 5), 24 de febrero (p. 4) y 18 de marzo (p. 2) de ese mismo año, publicaron la noticia y comentarios de un accidente aéreo acaecido en Sondica (Vizcaya) el día 19 de febrero de 1985 en el que murieron los 148 ocupantes de la aeronave entre los que se encontraba su comandante-piloto, el señor José Patiño Arróstegui.

El primer diario dio a entender que el comandante fallecido venía padeciendo estados de depresión que podían haber sido la causa del accidente. Para el segundo, en cambio, habría sido su carácter extrovertido, sus relaciones privadas, y su afición a la bebida lo que podría haber contribuido a originar el desastre (1).

---

(1) El profesor Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la STS de 7.3.1988*. CCJC, N.º 16. Enero-marzo 1988. Pp. 185-7, ha recopilado la información relevante que ahora entresacamos:

#### A) EL PAIS:

Edición del 20 de febrero de 1985, página 14, artículo titulado *José Luis Patiño, un piloto aristócrata*: "Al parecer, eran frecuentes sus estados de depresión, que se habían acentuado en los últimos tiempos, especialmente tras la huelga y expulsión de la compañía. Hace dos días, en el curso de una cena, comentó a un amigo íntimo que estaba atravesando una mala racha y que se encontraba muy deprimido y muy mal, aunque no llegó a explicar claramente los motivos".

Edición del 14 de marzo, página 20, artículo titulado *El retraso en el informe sobre el accidente aéreo de Málaga se debe a que ardió la "caja negra"*: "La vida privada del piloto que se estrelló en Bilbao será investigada...se iniciará un detallado análisis de la personalidad, carácter y vida privada del comandante del avión siniestrado, José Luis Patiño, para determinar si esos extremos pudieron influir en la seguridad de los vuelos en los que intervenía".

#### B) DIARIO 16:

Edición del 23 de febrero de 1985, página 5 de un artículo titulado *El último vuelo del comandante Patiño. Perfil humano del piloto del avión siniestrado*: "Bebedor de cerveza, extrovertido, alegre y conservador".

"Unos dicen que era un «cachondo mental», un tipo genial, alegre, divertido y sumamente marchoso, que no bebía en exceso, que no podía pasar inadvertido y que tenía la virtud de ser siempre el centro de la reunión.

Otros, que era un poco animal, que de genial no tenía nada, que era mal educado y grosero, que se creía el centro del mundo y que bebía demasiado para un comandante de líneas aéreas comerciales que tiene que volar cada cuatro días. Pero, para unos y otros, Patiño era un gran piloto".

"En la actualidad vivía con otra mujer, una azafata de Iberia que se encuentra embarazada de siete meses. «Ahora era un hombre feliz, le iba muy bien con esta chica y se

## 2. El pleito en las dos instancias y en el Tribunal Supremo

Los señores José Luis, Matilde, Cristina, Ignacio y María Teresa Patiño Cobán, hijos y herederos del piloto muerto, demandaron a Promotora de Informaciones, S.A., al señor Juan Luis Cebrián y a Informaciones y Prensa, S.A., por un lado; y al señor Pedro J. Ramírez, al señor Juan Tomás de Salas y al señor Juan Fernando Baeta, por el otro y pidieron la publicación del encabezamiento y fallo de la Sentencia condenatoria, que ocupara como mínimo media página de la primera de cada uno de los diarios en cuestión y la condena solidaria de los demandados a pagar 50 millones de pesetas de indemnización.

La Sentencia del JPI de Madrid n.º 26, de 16 de octubre de 1985 condenó a Promotora de Informaciones, S.A. y al señor Juan Luis Cebrián Echarri, a publicar la Sentencia y a pagar, solidariamente entre sí, una indemnización de 4.000.000 de pesetas; y a Información y Prensa, S.A., al señor Pedro J. Ramírez Codina, al señor Juan Tomás de Salas Castellano y al señor Fernando Baeta Gil, también solidariamente, a pagar la cantidad de 6.000.000 de pesetas. En el mismo sentido se pronunció, en apelación, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en Sentencia de 28 de octubre de 1986.

Las partes demandadas y condenadas en las instancias formularon sendos recursos de casación y la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 7-3-1988 los desestimó.

La mayor parte de la argumentación del TS se dedicó a considerar y rebatir los motivos del recurso de PRISA y del señor Juan Luis Cebrián (F. de D. 1 a 10). El resto de la argumentación jurisprudencial (F. de D. 11 a 13) rechazó el recurso interpuesto por Información y Prensa, S.A. y otros. Ello introduce, probablemente, un

---

sentía feliz. Además, le gustaba vivir, era un vitalista y un tío que siempre veía todo positivamente»”.

“Según un buen amigo «no tenía ningún problema de tipo psicológico que pudiera repercutir en su forma de pilotar, tampoco era un depresivo ni lo había sido nunca»”.

“Entre vuelo y vuelo, el comandante Patiño se tomaba sus buenas cervezas en el bar El Bosco muy cercano a su domicilio...”

La cerveza y algunos problemas económicos llevaban últimamente de cabeza a este hombre. Algunos compañeros relatan las dificultades de Patiño con la cerveza. Hace algunos meses tuvo «sus más y sus menos con la piscina de un hotel en Málaga. También le preocupaba excesivamente la pensión que todos los meses debía pasar a su mujer»”.

“Entre las azafatas de Iberia era muy conocido por ser el único comandante que solía pasarse para ver las pruebas de aptitud de las auxiliares femeninas de vuelo. «La verdad es que le encantaba ver nadar a las chicas y observar como se les pegaba el mono humedecido a su cuerpo»”.

Edición del 24 de febrero, página 4, artículo titulado *Analizan restos de los pilotos en busca de residuos de alcohol*: “La hipótesis del error humano toma cuerpo”.

“Algunos restos de los cuerpos de José Luis Patiño Arróspide y Emilio López Peña Ordóñez, comandante y segundo piloto... están siendo analizados para descubrir si hay en los mismos huellas de alcohol y si el grado de alcoholismo, en caso que exista, fuera superior al permitido.

Parece ser que desde los primeros instantes se pensó en llevar a cabo estos análisis, sobre todo en la figura del comandante Patiño. Su enorme pasión por la cerveza, conocida en diversos estamentos y de dominio público entre algunos compañeros y auxiliares de vuelo, ha podido ser determinante”.

sesgo en la argumentación del Tribunal Supremo pues los contenidos y estilos de las informaciones y opiniones publicadas por cada uno de los diarios y que están en la base del pleito son distintos entre sí, sobre todo desde un punto de vista cultural. Al margen de lo anterior, la argumentación del Tribunal se centró en rechazar cinco grupos de alegaciones que conforman, a grandes rasgos, los cinco grandes temas en torno a los cuales se resuelve. Ante todo, dijo el TS, lo publicado ha de ser verdad y, en este caso, no lo era:

“...las pruebas practicadas en el pleito acreditan lo contrario de lo que en el motivo se pretende deducir del contenido de los artículos del citado diario” (F. de D. 2). En el motivo en cuestión, el n.º 6, que estaba amparado en el n.º 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aludía a una serie de documentos según los cuales “siendo veraz la información del diario EL PAIS” se pretendía (por la Sentencia recurrida) “estimar como inveraz la información publicada sobre el comandante Patiño y que se concentraba en que sufría estados de depresión que dentro de unos seis meses se iniciaría un detallado análisis de la personalidad, carácter y vida privada del comandante del avión siniestrado...” (F. de D. 1).

En segundo término, señaló el TS, lo publicado llevaba al lector a conclusiones de las que el mismo lector no podía llegar ni tan siquiera a tomar consciencia y, en este caso, a la de que el accidente fue probablemente causado por el comportamiento insensato del piloto de la aeronave:

“(las informaciones publicadas)... después de producirse la catástrofe aérea y estando abiertas unas diligencias penales y una investigación técnica para determinar sus causas, conducen subliminalmente, a los lectores del periódico, mediante una especie de juicio paralelo, a la conclusión de que el accidente se debió a una patente irresponsabilidad del comandante del avión siniestrado” (F. de D. 2).

En tercer lugar, el Tribunal exigió que la información fuera neutral:

“Los artículos de EL PAIS a que el proceso se refiere (no se caracterizan por su asepsia, ni por su objetividad, en cuanto carecen de la neutralidad que debe caracterizar a las noticias y comunicados ofrecidos por la prensa y medios de publicidad, dado que en ellos aparecen hábilmente involucrados presupuestos de hecho objetivos, esto es, noticias, lusiones reticentes o insidiosamente sensacionalistas dirigidas, cual dice el Tribunal *a quo*, a hacer patente subyacentemente la irresponsabilidad profesional del padre de los actores” (F. de D. 6).

Sin embargo, la Sentencia utilizó la expresión “neutralidad” en un contexto que desfigura notablemente su sentido cabal. Neutral, estrictamente hablando, es quien, entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse hacia ninguna de ellas, esto es, quien se conduce con imparcialidad, como el juez o el árbitro. Resulta, desde luego, complicado tratar de asimilar las funciones de periodista a las del juez, pero como además, se añadía que la “asepsia” y la “objetividad” integran esa neutralidad, la complejidad deviene evidente: *aséptico* se dice de lo perteneciente o relativo a la asepsia, que es un concepto de origen médico relacionado con la asepsia de gérmenes infecciosos o con la búsqueda de procedimientos para garantizarla; en sentido figurado y tal vez más cercano al que apunta la sentencia considerada, *aséptico* quiere decir que no se compromete, sin originalidad, falto de sensibilidad. Aquí se ha dado un paso más en relación a la neutralidad, pero éste nos aleja no ya sólo de la función tradicionalmente admitida como lícita dentro del buen periodismo, sino también del propio estilo de la curia judicial: ciertamente, una opinión judicial ha de tratar de ser neutral, pero no tiene por qué ser *aséptica*; mucho menos, un

comentario periodístico. La exigencia de objetividad, es decir, de imparcialidad coincide, en cambio, con la idea de neutralidad.

En cuarto lugar, la acumulación de acciones denunciada por los recurrentes es correcta en cuanto, dijo el TS, “no puede en el supuesto aquí contemplado provocar la incompetencia del Juzgado ante el que se esgrimieron las acciones” (F. de D. 4).

En quinto término, el TS añadía que la regla sobre responsabilidad solidaria de autores, directores y editores, establecida en el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18-3-1966, permanecía vigente y no había sido derogada por la Disposición Derogatoria de la CE, en contra de lo que sostenían los recurrentes. El artículo en cuestión no establecía, en opinión del Tribunal, responsabilidad política alguna ni coartaba el derecho de libertad de información y comunicación, sino una regla de responsabilidad civil que, en todo caso, también resultaría de aplicar el art. 1.903 del Cc cuya vigencia nadie discute. Aceptada la doctrina genérica en materia de responsabilidad solidaria, procedía hacer lo propio con lo que es una de sus consecuencias normativas más claras, esto es, la posibilidad de que el actor pudiera dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos solidariamente, como dice literalmente el art. 1.144 del Cc. Por ello, se rechazaba el motivo de los recurrentes relativo a la infracción, por parte del Tribunal de instancia, de las reglas relativas a la aplicabilidad del litisconsorcio pasivo necesario.

La Sentencia citada resuelve un caso paradigmático de lo que Willian Lloyd Prosser (1898-1972) llamó *False light in the Public Eye* (2) y que en otro lugar tradujimos por *tergiversación o distorsión de los hechos que falsea la imagen de una persona ante el público*.

En Prosser y en el Derecho norteamericano de responsabilidad civil que él contribuyó decisivamente a moldear, la *tergiversación* es un *tort*, un ilícito civil a caballo entre la difamación y la lesión de la intimidad, pero que, en todo caso, está más cerca de la primera que de la segunda y por eso, en el ordenamiento citado, las reglas básicas de naturaleza constitucional que limitan la acción de difamación cuando ésta se refiere a personajes públicos, también se aplican al caso de la tergiversación (3). Con todo, permanece la idea de que la distorsión afecta primariamente a la imagen personal y no a la reputación como, en cambio, es el caso en la difamación, y de ahí la ambigüedad del Tribunal mezclada quizás con una cierta dosis de perplejidad; así, éste dice que lo publicado por el diario EL PAIS “...configura por sí sólo una intromisión ilegítima en el ámbito del honor y de la intimidad personal de dicho piloto” (F. de D. 2).

a) Analíticamente, tal vez sería preferible distinguir entre aquellas materias tocantes a la intimidad de las que no cabe hablar, ni siquiera con verdad ni, mucho menos, de manera ultrajante, de aquellas otras relativas al honor de las que, en todo

---

(2) Véanse William L. PROSSER. *Privacy*. 48 *California Law Review* 383 (1960). P. SALVADOR, M. T. CASTIÑEIRA, M. YSAS, J. J. CANO, S. DURANY, D. FELIP y E. GADEA *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*. Madrid. Ed. Civitas, 1987. P. 104 y ss. Cfr. Pablo LUCAS MURILLO *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid. Tecnos, 1990, capítulo titulado *El derecho a la intimidad. Reconstrucción del proceso de su formulación jurídico-constitucional*, pp. 43-99 (redacción llevada a cabo con materiales distintos a los usados en la obra anterior).

(3) P. SALVADOR (Dir.), M. T. CASTIÑEIRA, F. IGARTUA, M. MARTÍN, P. SALVADOR, J. SANTDIUMENGE *El mercado de las ideas*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Pp 330 y ss.

caso, cabe hablar con verdad y valorar, con mesura o desmesura, siempre que no se recaiga en el insulto personal, en la ofensa gratuita.

b) También se podría haber hecho jugar el concepto de personaje público y distinguir ulteriormente entre la personalidad pública que lo es como consecuencia de su propia decisión y aquella que se ve inmersa en un acontecimiento público sin haberlo pretendido en ningún momento. Esto es lo que señala el Prof. Bercovitz en su documentado comentario a esta Sentencia:

“El caso del que se ocupa esta Sentencia es un ejemplo claro de cómo cualquier persona puede convertirse del día a la mañana, por razones totalmente ajenas a su voluntad, en noticia para los medios de comunicación social. A partir de ese momento su intimidad desaparece, su imagen es reproducida públicamente sin contar con la autorización de nadie, su reputación (fama, honor) queda a merced de los periodistas” (4).

El piloto de la aeronave siniestrada devino así personaje público como consecuencia del accidente que le costó la vida. No era tal, antes del accidente, sino en la medida en que todo profesional con funciones de alta responsabilidad y elevado riesgo ha de saber que su comportamiento puede llegar a ser objeto de inquisición y escrutinio más estrictos que el de otras personas; y que ello está en función, precisamente, de la magnitud del riesgo y de la relevancia de su comportamiento en su incremento o disminución. Es decir, debe tenerse en cuenta la cuantía de los daños que pueden llegar a originarse, la probabilidad de que esto ocurra así como la relación de causalidad que media entre el comportamiento del agente y esos daños probables.

c) Por último, estaría la distinción entre materia de interés público y la que no tiene este carácter. No cabe la menor duda de la naturaleza esencialmente pública de las informaciones relacionadas con una catástrofe aérea.

Si al caso se hubiera aplicado este aparato de distinciones u otro similar es muy posible que se hubiera llegado a la conclusión apuntada por el citado profesor Bercovitz en su comentario repetidamente citado:

“Por lo pronto conviene distinguir entre la actuación de EL PAIS y la de DIARIO 16. El primero publicó desde el primer día ese estado anímico de depresión que aquejaba al comandante Patiño, aunque sin sensacionalismo alguno y sin relacionarlo con el accidente. Únicamente saca a relucir esa relación cuando, al hilo de la crisis interna de la compañía Iberia, publica el papel que en la misma ha tenido un informe interno sobre las malas condiciones personales en las que el comandante Patiño se encontraba para pilotar. No creo que en general puedan considerarse sensacionalistas los artículos en cuestión, por lo que se refiere al comandante fallecido. En cambio el tono general de DIARIO 16 es mucho más sensacionalista. Las intromisiones en la intimidad y en el honor del coman-

---

(4) Véase BERCOVITZ, *Comentario*. P. 93.

dante son más llamativas en sus artículos. La imputación del accidente a la irresponsabilidad de aquél es mucho más directa” (5).

La cita es larga, pero su contenido es premonitorio de lo que pasaría luego. Aunque, en pura teoría, el aparato de distinciones al que se ha hecho alusión había sido ya acogido por la STC 6/1988, de 21 de enero, ponente el Magistrado Luis Díez Picazo y Ponce de León, publicada en el BOE de 5 de febrero de 1988, es decir, un mes antes de la fecha de la Sentencia del TS aquí reseñada, esta última no alcanza, comprensiblemente, a hacerse eco de la primera. Pero en seguida lo harían las dos sentencias del TC que son el objeto central de este trabajo.

## II. LOS RECURSOS DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. Los dos Recursos de Amparo

En efecto, el 29-4- 1988 el señor Juan Luis Cebrián Echarri y la Sociedad Anónima Mercantil “Promotora de Informaciones, S.A.», interpusieron recurso de amparo contra la STS de 7-3-1988 (R.A. n.º 784/88) y lo propio hicieron los señores Pedro J. Ramírez Codina, Tomás de Salas Castellano, Fernando Baeta Gil así como la entidad Información y Prensa, S.A. el día 3.5.1988 (R.A. n.º 803/88).

Unos y otros recurrentes entendían que la Sentencia del Tribunal Supremo violaba el art. 20.1.d de la CE y el 24 de la CE. Veamos por separado cuál es el contenido de ambos recursos.

A) En lo relativo a la vulneración del Art. 20.1.d de la CE., la representación jurídica de los recurrentes por el diario EL PAIS alegó que lo publicado era una “semblanza del piloto exponiendo una serie de cualidades positivas (6)... y otras negativas”; y, en segundo lugar, adujo que la información publicada era sustancialmente verdadera (7) ya que el único error cometido en la misma era marginal y que constituía “un desliz informativo” que no afectaba al conjunto de la información y que había sido rectificado por el periódico.

Los recurrentes añadían que la información era de interés institucional (8) y que versaba sobre un personaje público así como que la STS de 7-3-1988, violaba los derechos a la libertad de expresión reconocidos y garantizados por el art. 20.1.d de la CE (9) en virtud de los cuales podrían valorar y criticar los hechos y a sus agentes protagonistas. Para los recurrentes, el derecho a la libertad de expresión, es decir, el derecho a opinar es distinto a la libertad de información y no tiene por qué ejercerse de manera neutral o aséptica (10).

---

(5) *Ibídem* R. BERCOVITZ. P. 195.

(6) Véase STC 171/1990, de 2 de noviembre, antecedente n.º 3 a).

(7) Antecedente 5 f).

(8) Antecedente 3 a).

(9) Antecedentes 3 y 3 a).

(10) Antecedentes 5 d).

B) En el marco de una segunda línea argumentativa, los recurrentes sostenían su incompatibilidad con el art. 20.1.d de la misma (11).

Añadían que la responsabilidad solidaria del autor de la noticia, del director de la publicación y de la sociedad editora del medio informativo, tenía carácter político y sancionador y no, como sostenía la Sentencia recurrida del TS, civil y reparador (12).

C) Por último y en su opinión, el hecho de haber acumulado acciones contra dos grupos de personas perfectamente diferenciados suponía sumar la información publicada por varios medios lo que determinaba “un efecto multiplicador de la carga ofensiva que pueda haber en las diversas publicaciones y como onda expansiva afectar a los demás medios informativos” (13). Por ello, señalaban los recurrentes, la Sentencia vulneraba el derecho a obtener la tutela judicial efectiva reconocido y garantizado por el art. 24.1 de la CE (14).

Por su parte los recurrentes relacionados con DIARIO 16 (señores Pedro J. Ramírez Codina, Juan Tomás de Salas Castellano, Fernando Baeta Fil y la entidad Información y Prensa, S.A.) sostuvieron, con tono más liviano, argumentaciones similares:

A') En su opinión, la Sentencia del Tribunal Supremo vulneraba el art. 20.1.d de la CE pues lo publicado era fundamentalmente cierto aunque reconocían que se podía “encontrar alguna expresión más o menos afortunada” (15), así como “pequeñas licencias periodísticas para hacer más asequible a los lectores un determinado tema” (16) y, añadían, “tampoco se puede exigir al periodista que sea un perfecto malabarista en la confección de sus expresiones divulgadas, siempre que partan de datos reales y corroborables”.

B') El mismo artículo de la CE había sido violado por el TS en cuanto éste había aplicado el art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta que, en opinión de los recurrentes, había sido derogado por la CE. Su argumentación era similar a la anteriormente expuesta por los recurrentes del diario EL PAIS (17).

Añadían que era incorrecto integrar las disposiciones de la L.O. 1/82 con las reglas generales sobre responsabilidad civil de los arts. 1.902 y ss. del Cc y que, consiguientemente, convenía aplicar el argumento *a contrario* (18).

C') Alegaban, por último, que la Sentencia había violado el art. 24.1 de la CE y argumentaban de manera muy similar a lo expuesto en el apartado C de este número (19).

---

(11) Antecedente 3 b).

(12) Antecedente 3 b).

(13) Antecedente 3 c).

(14) Antecedente 3 c).

(15) Véase STC 172/1990, de 12 de noviembre, antecedente 3 a).

(16) Antecedente 3 a).

(17) Antecedente 3 b).

(18) Antecedente 3 b).

(19) Antecedente 3 c).

## 2. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal interesó en ambos casos la denegación del recurso de amparo y con respecto al recurso interpuesto por los demandantes de amparo relacionados con el diario EL PAIS, sostuvo, en síntesis lo siguiente:

Ad A) Después de recordar que las cuestiones debatidas sobre la verdad o falsedad de la información eran de hecho y, por tanto, que en ellas no podía entrar el TC (art. 44.1.b de la LOTC) recalcó que el TS recogía la afirmación de la Sentencia recurrida “según la cual las pruebas aportadas en el pleito acreditan lo contrario de lo que en pleito se pretende deducir”.

Y en cuanto a las opiniones expresadas por el diario, el Ministerio Fiscal entendía que algunas de ellas, concretamente las relativas a la “forma irreflexiva de volar del Comandante Patiño” y que hubiera necesitado “...algo más que un curso de refresco para volver a volar” (20) resultaban formalmente injuriosas.

Por otro lado, la rectificación llevada a cabo por el diario de aquella parte de información cuya falsedad había reconocido no precluía el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes al amparo de la Ley 1/82 (21).

Ad B) El Ministerio Fiscal entendía que el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta seguía vigente en cuanto se limitaba a reproducir una regla que cabía deducir fácilmente de los criterios generales y tradicionales del Cc en materia de responsabilidad extracontractual (22).

Añadía que “el director tiene un derecho de veto —que efectivamente ejerce— sobre el contenido de todos los originales del periódico y, por lo que respecta a la empresa editora, es ella la que designa y remueve al director” (23). Por ello, resultaba perfectamente aplicable la vieja doctrina de la *culpa in eligendo*.

Además el propio tenor del art. 9 de la L.O. 1/82 abonaba esta solución al decir que la tutela judicial comprende todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima que se trate, así como al especificar que una de ellas es la obligada difusión de la sentencia en el medio que se llevó a cabo la intromisión ilegítima. Parece obvio, señalaba, que el editor y director habían de poder ser demandados pues, de lo contrario, no habría forma de adoptar las medidas aludidas (24).

Ad C) Negaba el Ministerio Fiscal que fuera de apreciar indefensión alguna como consecuencia de la discutida acumulación de acciones (25) ya que los hechos y las responsabilidades estaban diferenciados perfectamente en las sentencias de Instancia y Supremo.

---

(20) STC 171/1990 de 12 de noviembre, antecedente 6 d).

(21) Antecedente 6 f).

(22) Antecedente 6 b).

(23) Antecedente 6 b).

(24) Antecedente 6 b). Por último el Ministerio Fiscal se remitía al Auto de 14-11-88, F.J. 3.º (Recurso de amparo 554/1988).

(25) Antecedente 6 a).

En el caso del segundo recurso, relacionado esta vez con el periódico DIARIO 16, sostuvo el Ministerio Fiscal:

Ad A') "Hay que observar que no existe en las actuaciones la más mínima corroboración de lo publicado. Por otra parte, no cabe duda de que nos encontramos ante una cuestión de hecho, en la que este Tribunal no debe entrar". Además, añadía que las sentencias impugnadas declaraban que la información no era veraz (26). Otras afirmaciones publicadas por el DIARIO-16, como las relativas a que el Comandante era "un mal educado y grosero" o que "bebía demasiado para un comandante", eran, en opinión del Ministerio Fiscal, injuriosas (27).

Ad B') Con relación al art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, el Ministerio Fiscal reprodujo una argumentación muy similar a la que se acaba de reseñar más arriba (28).

Ad C') Y lo mismo cabe decir sobre la argumentación de indefensión por acumulación de acciones (29).

### **3. Los demandantes en el proceso originario de la decisión recurrida en amparo**

La representación de los señores Luis y Cristina Patiño Cobián mantuvo en sus alegaciones unas tesis jurídicas similares a las expuestas por el Ministerio Fiscal. Pero, más allá del contenido técnico jurídico del alegato forense, parece oportuno recoger lo que tienen de clamor.

Sobre EL PAIS:

"La tesis del recurrente viene a ser la de que en materia de información «todo vale», siempre que lo diga un medio público de información y que lo dicho sea más o menos veraz e interesante para el lector" (30).

Y en relación a DIARIO 16:

"Ni los Tribunales ni las comisiones técnicas de investigación vierten expresiones como las que hemos leído. Este terreno escabroso parece reservado a los medios de información. Uno se pregunta con qué derecho irrumpieron los recurrentes en la vida privada del Comandante, haciendo del trágico acontecimiento una especie de novela por entregas en la que el comandante Patiño resultase un personaje agresivo, frívolo e irresponsable" (31).

---

(26) STC 172/1990 de 12 de noviembre, antecedente 5 b).

(27) Antecedente 5 c).

(28) Antecedentes 5, 5 a) y 5 b).

(29) Antecedente 5.

(30) STC 171/1990, de 12 de noviembre, antecedente 9 a).

(31) STC 172/1990, de 12 de noviembre, antecedente 6.

III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 171/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.ª (“BOE” 30.11.1990); Y 172/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.ª (“BOE” 30.11.1990)

1. La STC 171/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.ª (“BOE” 30.11.1990)

A) Derecho de información veraz y a la libertad de expresión

a) Hechos probados y recurso de amparo

La STC 171/1990 comienza el análisis de la cuestión con una reflexión sobre la intimidad y el honor: Son, dice con ciertas dificultades lógicas y ontológicas el F.J.4, “realidades intangibles” pero con una “extensión” que “viene delimitada, en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en las sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”. Esta determinación constituye, se nos dice, el “punto de partida” para el “juicio” del Tribunal Constitucional.

En cambio, una vez situados en éste, se trata de “ponderar” los derechos fundamentales en conflicto pero siempre, recalca con cita del art. 44.1.b) LOTC, “a partir de los hechos enjuiciados y declarados probados en la decisión impugnada”, y comparar esa ponderación con la realizada por el Tribunal cuya decisión se recurre en amparo y a efectos de juzgar sobre su corrección constitucional. Y en esa función, añade el TC, “nuestra jurisdicción no está vinculada a las valoraciones efectuadas por el órgano judicial sometido a nuestro control”.

Cabe, con todo, preguntarse si, a la vista de las dos sentencias (la STS 8.3.1988 y la STC 171/1990 que ahora se comenta), el TC ha respetado realmente la declaración de hechos probados de la resolución recurrida. En ésta, el TS había indicado, que “las pruebas practicadas en el pleito acreditan lo contrario de lo que en el motivo se pretende deducir del contenido de los artículos del citado diario” (F. de D. 2). Y lo que, dado el contexto del citado F. de D., se infería de la información publicada era que el estado de ánimo del Comandante Patiño había contribuido a provocar el accidente. Para la Audiencia y el Tribunal Supremo había difamación porque los artículos insinuaban (“conducían subliminalmente” a creer en) esa relación de causa a efecto y, además, eso mismo se consideraban hechos probados.

¿Respeto el TC la declaración de hechos probados de la STS? No cabe afirmarlo sin más a la vista de lo que se puede leer en el F.J.8 de la STC, ahora comentada: “los órganos judiciales han resuelto el caso sin tener en cuenta ni tratar de comprobar la veracidad de la afirmación fáctica de que existían informes internos en los que se hubiese cuestionado que el comandante piloto estuviese en las condiciones adecuadas para pilotar el avión... No se ha declarado judicialmente... la inveracidad de los hechos”.

b) Informaciones sobre asuntos públicos que son de interés general

Más adelante, el F.J.5 reitera el criterio, ya recogido por resoluciones anterior-

res (32), según el cual el derecho a la libertad de información prevalece sobre los derechos al honor y a la intimidad cuando “la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen”.

a) En relación a las personas, el TC señala que “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos a la personalidad resulten afectados” por la información o interés de los demás y “por tanto, el derecho de información alcanza en relación a aquéllos su máximo nivel de eficacia legitimadora” pues, además, “su vida y conducta moral participan del interés general” con “mayor intensidad” que las “personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública”. Se matiza así la doctrina de sentencias anteriores —marcadamente la recogida por la STC 107/1988— en cuando no se opone personaje público a simple particular sin más, sino que se distingue expresamente entre quienes asumen *voluntariamente* los riesgos que la publicidad conlleva y quienes se ven *involuntariamente* envueltos en un asunto objetivamente público. Estos últimos, dice el Tribunal, gozan de un “ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos” (ibidem).

b) Más el *test* debe tratar de *objetivarse* en la medida de lo posible ya que no se trata tanto de la asunción voluntaria de una determinada función social como de valorar la *relevancia* de los hechos de la vida privada en la correcta realización de aquella actividad y, en ese sentido, cabe concordar con el F.J.7 de la Sentencia cuando dice que “resulta innegable la relevancia pública y social del accidente y de sus posibles causas... La competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público de transporte aéreo han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el público, que traspasan los límites de la esfera privada”. Las condiciones en que se encontraba y su “conducta profesional” deben considerarse sujetas “a crítica y escrutinio públicos... por parte de los medios de comunicación”.

Obsérvese que el Tribunal no entra en la cuestión *doctrinal* sobre las *concepciones descriptiva y normativa del discurso público* (33) sino que, correctamente, se limita a resolver el caso y a añadir un nuevo dato para la configuración *jurisprudencial* de la figura: la salud mental de un piloto de líneas aéreas es un hecho socialmente relevante y sobre el que cabe informar a la opinión pública. Esa es una *decisión* de la que no es fácil discrepar (34).

---

(32) Véanse las STC 159/1986, 165/1987, 6/1988, 107/1988, 105/1984, 20/1990, 105/1990.

(33) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 86-88.

(34) Mas la dificultad de generalizar es evidente: ¿se podría, p. ej., informar de la posibilidad de que personas fallecidas como consecuencia de una enfermedad muy infecciosa pudieran haberla contraído por contagio causado por una tercera persona también fallecida? ¿Influye el tipo de relación (profesional, personal, etc.) que hubiera mediado entre las primeras y la última (maestro de escuela, médico, amigo, amante...)?

c) *Verdad y diligencia en su contrastación. La cuestión de la carga de la prueba. Verdad sustancial y rectificación voluntaria*

Pero, naturalmente, lo anterior no basta: para resultar amparada constitucionalmente, la información ha de ser “*veraz*”, como dice el artículo 20.1.d) CE; más el requisito de la veracidad se entiende *secundum New York Times v. Sullivan* desde la STC 6/1988 (35). Como reitera ahora el F.J.8 de la Sentencia comentada, “la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en las informaciones sean rigurosamente verdaderos sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad”; debe negarse así “la garantía constitucional 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 o insinuaciones insidiosas” (36).

En su formulación originaria, la regla de la *actual malice* que instituyó *New York Times* suponía que no sólo había de haber *dolo o negligencia grave* en relación a la verdad sino que la *carga de la prueba* correspondía al actor que era personaje público y no al demandado. Con ello, se modificaba el criterio tradicional del *Common Law* en materia de *Defamation* según el cual el demandado publicaba a su riesgo, es decir, que respondía si la información difamatoria no era verdadera, que su responsabilidad era objetiva, pero que, por último, podía defenderse alegando y probando la verdad de lo publicado. Así, se pasó de un sistema de responsabilidad prácticamente objetiva y de *exceptio veritatis*, es decir, de irrelevancia de la culpa y del dolo en relación a la falsedad o verdad de lo publicado y de alegación y carga de la prueba de la *verdad* a cargo del *demandado*, a otro en el que la alegación y la carga de la prueba de la *falsedad* y de la *malicia* (dolo o negligencia crasa) gravaban al *actor* que tuviera la condición de personaje público (37).

En España, la *regulación tradicional* del derecho al honor era aún más favorable al actor que su correspondiente norteamericana: la tutela del honor ha sido siempre fundamentalmente *penal y no civil*. Y en el derecho penal, las calumnias e injurias entre particulares sólo son perseguibles a instancia de parte (art. 467.3 del Cp) y la verdad o falsedad de la imputación difamatoria sólo es relevante en la calumnia más nunca en la injuria; en esta última es indiferente, a la hora de apreciar la existencia del delito, la verdad o falsedad de la imputación deshonrosa (art. 461 del Cp). En lo tocante a las calumnias e injurias dirigidas contra personajes públicos, la mayor parte —concretamente, las formuladas contra autoridades y funcionarios— constituyen delitos de desacato, que son siempre perseguibles de oficio y en los que la verdad o falsedad de las imputaciones es atendible cuando se refiere a hechos concernientes al ejercicio de los respectivos cargos (art. 467.3 del Cp). Re-

---

(35) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 82 y ss. y 254 y ss.

(36) Véase también STC 51/1989.

(37) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 253-259. Nótese que en el texto se refiere la irrelevancia de la culpa al tema de la verdad o falsedad del enunciado difamatorio y no a otras cuestiones como, p. ej., la propia publicación: en el *Common Law* la cuestión de la relevancia o irrelevancia de la culpa del demandado en relación a todos los elementos del supuesto de hecho de la difamación era mucho más compleja. Véase PROSSER AND KEATON, *On the Law of Torts*. Fifth ed. St. Paul (Minn.): West. 1984, 113.

cientemente y por influencia de la jurisprudencia constitucional, la Sala 2.ª del TS ha tomado en consideración la *verdad* de las imputaciones aplicando la causa de justificación 11.º del art. 8 del Cp (ejercicio de un derecho) cuando se trata de informaciones de interés público (38).

Por su parte, la regulación civil llevada a cabo por la LO 1/1982 no dejó claro el papel de la verdad o falsedad de la imputación difamatoria ni, mucho menos, el de la carga de la prueba: el art. 7.7 de la citada ley califica como intromisión ilegítima en el derecho al honor la “divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o haga desmerecer la consideración ajena” y su redacción da pie a la aplicación en derecho civil del criterio tradicional y penal de la irrelevancia de la verdad o falsedad en los atentados contra el honor. Aún y cuando se admita lo contrario, es decir, la relevancia de la veracidad de la información, al menos cuando ésta se refiera a asuntos de interés general, relevantes para la formación de la opinión pública, permanecen las cuestiones de a quién corresponde la carga de la prueba —al demandado, como era tradicional: *exceptio veritatis*, o al demandante— y la relativa a quién debe atribuirse la del *dolo o culpa grave* de la información *no ajustada a la verdad*.

Hasta la fecha, la respuesta de la Sala 1.ª del TS a ambas cuestiones no ha sido clara en ninguna dirección aunque en los últimos años el influjo de la jurisprudencia constitucional permite afirmar que el tema previo de la relevancia de la verdad ha quedado positivamente resuelto en lo referente a las informaciones (que el TS considera) de interés general (39). En efecto, cuando se admite la relevancia de la verdad, la tendencia que se apunta es más bien la de seguir la línea tradicional de la *exceptio veritatis* y, por tanto, atribuir la alegación y carga de la prueba de la verdad al demandado, pero, en el fondo, lo que hace la Sala 1.ª del TS es seguir una orientación pragmática y flexible: no se aplica rígidamente un principio abstracto a de dos —atribución de la carga de la prueba al demandado o al actor— sino que, partiendo de la doctrina tradicional, el grado real de su exigencia depende mucho de las circunstancias del caso (40). Son éstos, pues, los que deben analizarse y ordenarse en lugar de desgajar de ellos los *dicta* doctrinales del Tribunal.

La STC comentada no entra claramente en la cuestión ya que su F.J.8 se limita a decir que “Los órganos judiciales han resuelto el caso sin tener en cuenta ni tratar de comprobar la veracidad de la afirmación fáctica de que existían informes internos en los que se hubiese cuestionado que el comandante piloto estuviese en las condiciones adecuadas para pilotar el avión. Ni tampoco el órgano judicial ha tratado de valorar si el periódico actuó con la debida diligencia en la búsqueda de la verdad al asumir la fiabilidad de dichos informes... No se ha declarado judicialmente ni la *inveracidad* de los hechos, ni la falta de diligencia en la búsqueda de la verdad por parte del periódico, por lo que a los efectos del art. 20.1.d) CE la información publicada no puede dejar de ser considerada veraz”.

El inicio del texto citado aborda el tema como si correspondiera a los órganos judiciales civiles “tratar de comprobar” la verdad y no decidir *iuxta allegata et probata*, según lo alegado y probado por las partes; pero el inciso final —subrayado por nosotros— parece dar a entender que la *verdad se presume*. Y si ello es así, se impo-

(38) Véase *El mercado de las ideas*, Parte IV, pp. 484 y ss.

(39) *El mercado de las ideas*, pp. 282-290.

(40) *El mercado de las ideas*, pp. 294-295.

ne la conclusión de que la alegación y prueba de la falsedad recaen sobre el actor. Sólo que, en ausencia de una declaración más rotunda, el criterio únicamente puede apuntarse como probable. Más, de consagrarse en el futuro esta orientación, las similitudes del caso español con su modelo comparado básico se acentuarían aún más que en la actualidad.

Algunas matizaciones que, en torno a este tema, aparecen luego en la Sentencia resultan, tal vez, opinables. Así, y a continuación del texto antes transcrito, el TC recuerda, en el citado F.J.8, *la doctrina de la verdad sustancial* [la llamada *Gist* o *Sting Rule* (41)] según la cual no se responde por las inexactitudes de detalles cuando la información publicada es cierta en lo sustancial o en su conjunto: “Los errores informativos intrascendentes han de estimarse protegidos también por el derecho constitucional de información. De otro modo la posibilidad ilimitada de acciones civiles por tales pequeños errores podría ser una amenaza latente que pusiese en peligro el espacio constitucionalmente protegible en una sociedad democrática para la comunicación libre de informaciones”. Esta afirmación se hace con referencia a la inexactitud constatada relativa a las causas de un despido anterior del señor Patiño (42) y ulteriormente rectificado por el diario, “rectificación”, dice el TC, “que muestra que el error fáctico no fue malicioso”.

Puede suscribirse o no la valoración del carácter insustancial de la inexactitud en cuestión, pero lo que no se razona es por qué su rectificación posterior *prueba* que no hubo dolo al cometerse la incorrección anterior. Si, en el caso, ello se infería de alguna otra circunstancia, eso es algo que no resulta de la Sentencia comentada, pero, expresado tal y como se lee en ella, el *dictum* del Tribunal carece de base argumentativa.

#### d) *Hechos y opiniones; conjeturas e insultos*

*En teoría*, la distinción entre *información acerca de hechos* y *expresión de opiniones* parece clara: por un lado, están las afirmaciones acerca de la realidad a las que cabe atribuir un valor de verdad y calificarlas como (aproximadamente) verdaderas o falsas, caso de que estemos en condiciones de verificarlas o falsarlas; por el otro están las apreciaciones personales o valoraciones de esa realidad, y de ellas cabe decir, por ejemplo, que son más o menos críticas o que se expresan en un lenguaje más o menos admisible, etc. Así, hay informaciones ciertas o falsas y opiniones críticas mesuradas, razonables, desafortunadas o insultantes.

*En la práctica*, sin embargo, la distinción no siempre es fácil de llevar a cabo (43)

---

(41) *El mercado de las ideas*, pp. 244-247.

(42) Que había tenido lugar por una cuestión técnica de vuelo y no como publicó el diario “por un altercado con un compañero”.

(43) Véanse los criterios expuestos en *El mercado de las ideas*, pp. 164-200. Un caso reciente, *Milkovich v. Lorain Journal Co.* (110 S. CT, 2.695 (1990)) muestra la dificultad práctica de la cuestión. Michael MILKOVICH, entrenador de lucha en una escuela norteamericana de enseñanza media, demandó por libelo a un medio de información que había publicado una noticia según la cual el actor había mentado al declarar ante una comisión investigadora acerca de un incidente deportivo. Lo publicado oscilaba entre la información de hecho, la conjetura y la opinión. siguieron varias decisiones judiciales de signos opuestos; unas favorables a caracterizar lo publicado como hechos; y otras, como opinión.

aunque todos los ordenamientos liberales y tolerantes en materia de derechos de *información* (acerca de hechos) y de *expresión* (de opiniones) tratan de respetarla en cuanto son más generosos con la segunda que con la primera: estamos menos seguros sobre los criterios, p. ej. éticos, de corrección de una opinión que sobre el hecho de que una información falsa no ayuda al conocimiento de la verdad ni, por tanto, a la formación de opiniones fundadas en conocimiento razonablemente verdadero. En otras palabras, razonamos peor en términos de corrección, justicia, bondad o moralidad que en términos de verdad y falsedad. Por eso, estamos menos seguros de nuestra razón práctica que de la razón teórica.

Una causa de la dificultad en distinguir entre *hechos* y *opiniones* (44) deriva de que no todas las afirmaciones son iguales y de que lo propio sucede con las opiniones: Hay una *gradación obvia* de las afirmaciones de hecho en función del *valor de la verdad* que razonablemente se les puede *atribuir* cuando se formulan y presentan: Se puede afirmar algo *categoricamente*, pero quien habla puede también limitarse a *hipotizar* y, por último, puede simplemente atreverse a *conjeturar* algo. Y, desde luego lo que sólo cabe conjeturar no debe afirmarse apodóticamente: si luego lo dicho es falso y perjudicial, el que así se expresó habrá de responder por ello.

Pero también hay *grados* en la opinión pues la apreciación o valoración de los hechos puede ser positiva o negativa y, en este último caso, puede serlo en mayor o menor intensidad; y las desvaloraciones pueden expresarse de manera más o menos comedida, respetuosa, hiriente o ultrajante, descendiendo al terreno del insulto personal o con lenguaje inadmisibles según reglas elementales de convivencia civil.

Entonces, si nos situamos en los extremos bajos de ambas escalas, la distinción entre hechos y opiniones parece difuminarse. Así, p. ej., cuando se formula una conjetura basada sólo en apreciaciones personales, sin fundamento objetivo conocido, y ello se expresa de manera muy negativa y personal ("*yo creo que X es un estafador*"), lo dicho parece susceptible de ser considerado tanto de una manera como de la otra. Pero, naturalmente, ello no es indiferente pues, como acabamos de decir, se es más laxo con las opiniones que con las informaciones. Se precisa, pues, de un criterio, de un *test*, que permita diferenciar unas de otras. En la STC 6/1988, de 21 de enero, el TC indicó que, en el caso de combinación o entremezclamiento de hechos y opiniones, había que estar al "elemento preponderante" (F.J.5 de la Sentencia últimamente citada). Nosotros hemos sostenido en otro lugar que hay que atender, entre otras cosas no relacionadas con la cuestión que ahora nos ocupa, a *si lo dicho es efectivamente valorable en términos de verdad o falsedad, o no hay, en cambio, un método plausible para su contrastación* de forma tal que un *lector razonable* no creería que los enunciados de que se trate tienen un contenido factual sino que son *meras apreciaciones* personales de quien así se expresó (45).

---

La propia *Supreme Court* de Ohio decidió primero en aquél sentido y luego en éste. Finalmente, el Tribunal Supremo federal anuló la última resolución: aplicando el criterio del *lector o investigador razonable*, el *Chief Justice* Rehnquist consideró, con la mayoría del Tribunal, que un lector razonable concluiría que la columna periodística objeto de la discordia implicaba afirmaciones verificables de hecho. La doctrina ha criticado el recurso al (alegadamente vago) *Reasonable-Reader standard* (Véase p. ej. *The Supreme Court, 1989 Term. Leading cases*. 104 *Harvard Law Review* 219-227 (1990)).

(44) Y una causa a la que no se aludió en la obra citada en las notas anteriores.

(45) *El mercado de las ideas*, p. 168 y allí referencias doctrinales y jurisprudenciales.

El TC no ha seguido en el caso comentado ninguna de esas dos orientaciones sino que, entrecruzando hechos y opiniones, ha considerado que conjeturar es opinar: “Sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de prensa el impedir formular razonadamente conjeturas, que en cuanto tales conjeturas no pueden ser valoradas, como se ha dicho, desde la exigencia constitucional de la veracidad sino como ejercicio de la libertad de opinión, a partir de unos datos fácticos veraces” (F.J.10). Discrepamos de este punto de vista: la conjetura cae del lado de la información, no del de la opinión y lo que habría que haberse analizado es, en primer lugar, si lo que se dijo podía sólo conjeturarse o si podía, en cambio, afirmarse con mayor rotundidad dada su base objetiva, para luego comprobar si el modo más o menos rotundo de hacer las afirmaciones en cuestión se adecuaba a lo que razonablemente se podía asegurar o, en cambio, iba más allá, dando como cierto lo probable o como probable lo conjetural. Al no haberse hecho las cosas así o de mejor manera, se ha aplazado la tarea de perfilar ulteriormente la distinción entre hechos y opiniones (46).

Es importante, por el contrario, la clasificación que el Tribunal introduce en este caso en torno al *derecho a informar y a opinar sobre actuaciones sujetas a investigación judicial*. La Sentencia del TS había señalado que admitirlo “suponía realizar de forma ilegítima un (juicio paralelo)” (F.J.10). El Tribunal Constitucional señala que el art. 10.2 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* hecho en Roma el 4.11.1950 (47) permite “la posibilidad de establecer límites legales a los derechos de información para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial, cuando lo exija una necesidad social imperiosa (48)”, pero que este “límite ha sido interpretado muy restrictivamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (casos Handyside,

---

(46) Luego, en el mismo F.J.10, el TC concluye: “El derecho fundamental reconocido en el art. 20 CE, no puede restringirse a la comunicación objetiva y aséptica de hechos, sino que incluye también la investigación de la causación de hechos, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probabilística de esas hipótesis y la formulación de conjetura sobre esa posible causación. Exigiendo la presentación pura de meros hechos, la Sentencia del Tribunal Supremo ha limitado, indebidamente, »el abanico de informaciones accesibles a los lectores, resultado contrario a un de los objetivos de una sociedad democrática” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Barthold*, Sentencia de 25 de marzo de 1985, n.º 53” (F.J.10). Con anterioridad se cita en el mismo sentido el *Caso Handyside* Sentencia de 7.12.1976, n.º 65. Véase infra nota 51.

(47) Art. 10:

“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 las 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”.

(48) Subrayado nuestro.

Sentencia de 7.12.1976; *The Sunday Times*, 26.4.1979; *Lingens*, 8.7.1986) (49)... “Ni siquiera de las circunstancias del caso podría deducirse que la información publicada haya puesto en peligro la imparcialidad y prestigio de los Tribunales” (F.J.10). Recuérdese, con todo, que entre las “necesidades sociales imperiosas” del citado

---

(49) Los casos citados guardan, entre sí y con el resuelto por el TC español, una relación de analogía más bien laxa.

1. *En el caso Handyside (STEDH 7.12.1976, Publications of the European Court of Human Rights. Series A: Judgements and Decisions. Vol. 24. Registry of the Court Council of Europe. Strasbourg. 1976, Karl Heymanns Verlag. pp. 2-37)*, el señor Richard Handyside, un editor radical de Londres, había publicado en 1971 un libro destinado a la educación y adoctrinamiento de adolescentes titulado “*The little Red Schoolbook*”. El texto, originalmente publicado en Dinamarca en 1969 y luego en otros países europeos, tenía 208 páginas de extensión. Comenzaba con una introducción titulada “*Todos los adultos son tigres de papel*”; seguían otra introducción, esta vez a la edición británica, y cinco capítulos dedicados a los temas “*Educación*”, “*Aprendizaje*”, “*Maestros*”, “*Alumnos*”, y “*El Sistema*”. El capítulo relativo a los alumnos contenía una sección de 26 páginas dedicada al “*sexo*” con subsecciones sobre “*masturbación, orgasmo, relaciones y caricias sexuales, anticonceptivos, polución nocturna, menstruación, pederastas y viejos verdes, pornografía, impotencia, homosexualidad, lo normal y lo anormal, más cosas, enfermedades venéreas, aborto, aborto legal e ilegal, no olvides métodos para abortar y direcciones de ayuda para cuestiones sexuales*”. El libro dio lugar, primero, a polémica pública abundante y, luego, a un litigio judicial que concluyó con la condena del editor, por infracción de las *Obscene Publications Acts 1959/1964* a pagar una multa de 50 libras y las costas judiciales y a la destrucción de los originales incautados y todavía no vendidos. Tribunales superiores confirmaron la condena y el señor Handyside recurrió ante la Comisión y el Tribunal europeos.

El recurrente alegaba la infracción de varios artículos de la Convención y, entre ellos la del art. 10. Su recurso fue rechazado por mayoría y, en relación al artículo citado, el Tribunal hubo de decidir si la limitación de la libertad de expresión en cuestión podía considerarse “necesaria en una sociedad democrática ...para la protección de la moral”. Al efecto, señaló:

“En particular no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral. La idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la «necesidad (...) de una restricción o sanción» destinada a dar una respuesta a ello. El Tribunal nota en esta ocasión que si el adjetivo «necesario» en el sentido del artículo 10.2 no es sinónimo de «indispensable» (comparar en los artículos 2.2 y 6.1 las palabras «absolutamente necesario» y «estrictamente necesario» y en el art. 15.1 la frase “en la estricta medida en que la situación lo exija”), no tiene tampoco la flexibilidad de términos tales como «admisibles», «normal» (comparar el artículo 4.3), «útil» (comparar la primera línea del artículo 1.1 del Protocolo), «razonable» (comparar los artículos 5.3 y 6.1) u «oportuno». Por ello, no corresponde menos a las autoridades nacionales juzgar con carácter previo sobre la realidad de la necesidad social imperiosa que implica la noción de «necesidad» en este contexto.

En consecuencia, el artículo 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional («previstas por la ley») y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor” (n.º 48).

art. 10.2 se cuenta la "protección de la reputación" ajena. La Sentencia no trata de esta cuestión.

La propia selección de los hechos acerca de los cuales se informa supone normalmente valoraciones, pero el amplio campo que se deja a la opinión crítica no

---

Más este margen tiene, a su vez, límites y el Tribunal supervisa que éstos no sobrepasen lo que resulta necesario en función de las finalidades a que se refiere el art. 10:

"Su función supervisora impone al Tribunal prestar una atención extrema a los principios propios de una «sociedad democrática». La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una "sociedad democrática". Esto significa especialmente que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionalidad al fin legítimo que se persigue".

Ahora bien, en el caso, las autoridades judiciales británicas no sobrepasaron estos límites: *The little Red Schoolbook* estaba específicamente dirigido a escolares de edades comprendidas entre los 12 y los 18 años y algunas de sus páginas relativas al comportamiento sexual podían entenderse "como un estímulo a la práctica precoz de actividades perjudiciales para ellos o, incluso, a la comisión de delitos criminales" (n.º 52); no se probó que el litigio tuviera una intencionalidad política (ibídem); tampoco apreció el Tribunal que las medidas adoptadas no fueran necesarias y ajustadas al margen de apreciación nacional (n.º 53 y ss.).

En España, un caso notablemente similar al citado fue resuelto por la STC 6/1982, de 15 de octubre (BOE 17.11.82). En él, el señor A.B.C. había editado la traducción española de un libro de educación sexual destinado a niños y adolescentes y titulado "A ver". El editor fue condenado por un delito de escándalo público y por la STS (Sala 2.ª) de 29.10.81 a un mes y un día de arresto mayor, multa de 20.000 pesetas con arresto sustitutorio de un día por cada 2.000 pesetas de multa, y a seis años y un día de inhabilitación especial para ejercer cargos de Dirección o análogos de revistas o publicaciones, periódicas o no, que contuvieran representaciones gráficas o suministrarán informaciones, reportajes o comentarios de carácter erótico o que hagan referencia a la intimidad sexual.

El señor A.B.C. recurrió en amparo al Tribunal Constitucional y éste desestimó el recurso. En particular, hay que destacar que el Tribunal acudió a la noción de *proporcionalidad* a la hora de dilucidar el concepto de *medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar la finalidad prevista* (en el artículo 10.2 del Convenio de Roma) de *protección de la moral*. Y, en el caso, juzgó que la Sentencia recurrida no había infringido el principio de proporcionalidad. (F. de D. 5.º y 6.º).

2. En el caso *Sunday Times (STEDH 27.10.1978, Eur. Court H. R. Series A, n.º 30)* los puntos de contacto con el resuelto por el TC español y comentado en el texto son algo mayores: Entre 1959 y 1952 nacieron en varios países europeos muchos niños afectados de malformaciones congénitas que pronto fueron atribuidas al consumo, por sus madres y durante la gestación, de un tranquilizante denominado *Thalidomide* y fabricado en Inglaterra por Distillers Company (Biochemical) Ltd., que fue subsidiariamente demandada por muchas madres afectadas por la tragedia. En 1972, el diario *The Sunday Times* anunció la publicación de una serie de artículos sobre el suceso y su historia. Distillers reclamó entonces judicialmente que se prohibiera su publicación en cuanto, ésta, pendientes todavía de resolución los procesos en cuestión, constituiría un desacato o desobediencia a los Tribunales (Contempt of Court) pues prejuzgaría su resultado. La reclamación de Distillers fue atendida por los tribunales inferiores y, aunque apelada con éxito, fue restable-

es coincidente con el rigor que razonablemente cabe exigir de la información: la crítica no es escudo adecuado para la mentira o el error inexcusable.

La opinión, dice el Tribunal, también tiene sus propios límites: aunque no basta con que lo publicado tenga un “carácter molesto e hiriente”, sobrepasan “el lí-

---

cida por la Cámara de los Lores en 1973. En 1976 se alzó la prohibición al considerarse que habían desaparecido las razones que la justificaban. En el interín, Times Newspapers Ltd. había recurrido ante el Tribunal de Estrasburgo por violación de los arts. 10 y 14 del Convenio de Roma. El Tribunal apreció la violación del artículo 10 y, a lo que aquí interesa, hubo de pronunciarse sobre la cuestión de si la información pronunciarse sobre la cuestión de si la información periodística prohibida constituía un juicio paralelo, un auténtico “perjuicio” en este sentido, por parte del diario (*trial by newspaper*) que hubiera abocado a un perjuicio (“the prejudices of prejudgement”) y si ello era razón suficiente para considerar que la decisión de la Cámara de los Lores era una medida necesaria para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial: Aunque “necesario” no es sinónimo de “indispensable”, dijo el Tribunal, tampoco tiene la “flexibilidad” de expresiones como “admisible, u ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable” sino que implica la existencia de una necesidad social apremiante o urgente (“pressing social need”, “besoin social imperieux” dice el Tribunal Europeo, que el Tribunal español traduce del francés por “imperiosa” (n.º 59). Y ésta no concurre en este caso. No siempre resultará lícito el juicio periodístico y, desde luego, no está puesta en cuestión la institución del Contempt of Court; pero: “Como ya señaló el Tribunal en el caso Handyside, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática” y “es aplicable no solamente a las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a que aquellas que se oponen chocan o inquietan al Estado o a algún sector de la población”.

Los principios citados, añadió, “se aplican igualmente en el campo de la administración de justicia”, y los Tribunales no pueden pretender “operar en el vacío” de toda la información y debate públicos.

Los hechos que iban a ser objeto de la publicación prohibida, añadió el Tribunal constituían indiscutiblemente una materia de preocupación pública y su divulgación y debate, una información crucial para las familias de las numerosas víctimas del desastre de la Talidomida. Esos hechos no dejaban de ser materia de interés público simplemente porque fueran, a la vez, el presupuesto de un litigio pendiente de resolución (n.º 66).

3. En el caso *Lingens* (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1987-75, STEDH de 8 de julio 1986*), el señor Bruno Kreisky, estadista austríaco que, durante su carrera política fue varias veces canciller federal por el Partido Socialdemócrata, se había querellado con el señor Peter Michael Lingens quien, con ocasión de una polémica política relacionada por los crímenes nacional-socialistas, había calificado el comportamiento del señor Kreisky como de “oportunismo más detestable”, “irracional, inmoral e indigno”. Una Sentencia del Tribunal de Apelación de Viena, de 29.10.1981, había condenado al señor Lingens a pagar una multa y éste recurrió ante el Tribunal Europeo. Este, en una Sentencia que recogió con claridad la distinción entre hechos y opiniones y que proclamó la libertad de opinión, amparó al recurrente:

La libertad de expresión, indicó, es “uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual”. Y, por eso, “no se aplica solamente a las «informaciones» o «ideas» que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay «sociedad democrática» (Sentencia, ya citada, en el caso *Handyside*, serie A, núm. 24, p. 23, apartado 49)”. (n.º § 41).

Los Tribunales austríacos se dedicaron lo primero a resolver si los fragmentos por

mite de lo tolerable” las expresiones que deban ser “consideradas... insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias que sólo pueden entenderse como insultos o descalificaciones dictadas no por un ánimo o por una función informativa, sino, como ha dicho la STC 105/1990, con malicia calificada por un ánimo ve-

---

los que se acusaba al señor Lingens eran objetivamente difamatorios. Así lo atribuían a algunos de los términos empleados: “el peor oportunismo” (o “el oportunismo más odioso o aborrecible”), “inmoral” e “indigno” (apartado 21 anterior).

El acusado alegó que se trataba de casos de “juicios de valor”, formulados en el ejercicio de su libertad de expresión (apartados 22 y 29). El Tribunal, coincidiendo con la Comisión, compartió esta tesis y señaló:

“Lo que estaba en juego no era un derecho de difundir informaciones, sino su libertad de opinión y su derecho de dar a conocer sus ideas”. (n.º 456).

“En opinión del Tribunal, se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba.

El Tribunal observa, a este respecto, que los hechos en que el señor Lingens fundaba su juicio no se discutieron, como tampoco se discutió su buena fe” (n.º 46).

4. Tampoco el caso *Barthold* (Las citas se hacen de *CONSEIL DE L'EUROPE. COURT EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire Barthold, 10/1983/66/101. Arrt. Strasbourg 25.3.1985*) se parece demasiado al resuelto por TC español y comentado en el texto: El doctor Sigurd BARTHOLD regentaba una clínica veterinaria en la ciudad de alemana alemana de Hamburgo, y, desde hacía varios años, trataba sin éxito que su gremio organizara un turno nocturno obligatorio. El 24-8-1978, el diario *Hamburger Abendblatt* publicó un artículo en el que se narraban las desventuras de una gata enferma y sus dueños, quienes, tras larga y angustiada búsqueda nocturna de atención veterinaria, habían acudido a la clínica del doctor Barthold. El artículo incluía unas declaraciones de éste último en las que manifestaba que su servicio de urgencia permanecía abierto toda la noche. El doctor Barthold fue demandado por infracción del código deontológico de su corporación (aplicable por mandato de la legislación alemana sobre competencia desleal) según el cual estaba prohibido todo género de publicidad. Condenado a abstenerse de toda actividad similar en el futuro bajo la comunicación de otras penas más graves y rechazados los recursos posteriores, el doctor Barthold recurrió al Consejo de Europa.

El Tribunal señaló, por mayoría, que el art. 10 del Convenio de Roma había sido infringido pues, en su opinión, la limitación que se discutía iba más allá de las exigencias del fin legítimo perseguido:

“Puede ser muy bien que estas informaciones hayan tenido un efecto publicitario para la clínica del doctor Barthold y hayan inquietado a sus colegas, pero en este caso un efecto semejante aparece como algo muy secundario en relación con el contenido principal del artículo, así como con la naturaleza del problema sometido a la consideración del gran público. La injerencia de 24 de enero de 1980 no establece un justo equilibrio entre los dos intereses en juego: para el Tribunal de Apelación Hanseático hay intención de activar con fines de concurrencia en el sentido de la Ley de 1909, desde el momento en aquella no se eclipsa totalmente detrás de otros móviles (*nicht völlig hinter sonstigen Beweggründen verschwindet*, parágrafo 22 *supra*). Un criterio tan rígido en la forma de abordar el problema de la publicidad de las profesiones liberales no cuadra con la libertad de expresión. Su aplicación entraña el peligro de desanimar a los miembros de estas profesiones a contribuir a la discusión pública de las cuestiones relativas a la vida de la colectividad, a poco que semejante contribución pueda parecer como productora de algún efecto publicitario. Por lo mismo la aplicación de tales criterios puede obstaculizar a la prensa en el cumplimiento de su tarea de información y de control”.

Por ello, concluye el Tribunal en el n.º 58, las prohibiciones en cuestión no parecen

jatorio o la enemistad pura y simple" (F.J.11); este tipo de expresiones, "innecesarias y gratuitas en relación con la información", "teniendo en cuenta el interés público", no están amparadas por la libertad de expresión. Los "insultos" y "vejaciones" que son manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información" permiten estimar que quien se expresa "con una finalidad difamatoria y vejatoria" (50) (F.J.5) queda fuera del ámbito de la libertad de expresión.

Pero éste no es el caso del presente recurso de amparo, señala el TC, pues "no cabe considerar que las expresiones utilizadas fueran innecesarias y gratuitas en relación con la información ni que por su contenido y forma tuvieran una finalidad vejatoria o fueran producto de la enemistad personal", "no eran... irrelevantes las informaciones publicadas sobre las cualidades personales del piloto, ponderándose... tanto las ...positivas, al tratarse de un piloto muy capacitado y de los más expertos, su carácter jovial y extrovertido, como también sus defectos, en sí mismos no contrarios a la honra o a la buena fama, como el carácter irascible, o el que estuviese pasando una mala racha personal y hubiese sufrido depresiones. Ello se expone además para cuestionar la diligencia de la dirección de la compañía al permitirle volar en esa situación". (F.J.11).

#### e) *Animo de injuriar*

Dejando al lector la apreciación de la valoración de los hechos que lleva a cabo el Tribunal, hay que hacer notar que la Sentencia exige la concurrencia de un *dolo específico* ("propósito de descalificación o descrédito global de la persona", "finalidad vejatoria", F.J.11; "malicia calificada por un ánimo vejatorio, F.J.5) con lo que se lleva al *Derecho constitucional* (y al *civil*) el (discutido) requisito del *animus iniuriandi* propio de la regulación *penal* de la injuria (51).

Más la superposición del ánimo de injuriar al dolo genérico es opinable incluso en el campo concreto del Derecho penal vigente pues si "el dolo se concibe como conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, difícilmente se puede exigir luego la voluntad de ofender como un elemento diferenciado" (52).

Por otra parte, el ánimo de injuriar se entiende excluido cuando el Tribunal penal aprecia la presencia de algún otro ánimo, como criticar, bromear, informar, etc.

---

proporcionadas al fin legítimamente perseguido ni, consecuentemente "necesarias en una sociedad democrática para (...) la protección de (...) los derechos ajenos" de tal manera que infringen el artículo 10 del Convenio.

Las cuestiones relacionadas con los límites entre información sobre asuntos de interés público y publicidad mercantil así como con la hipotética tutela del denominado *Commercial Speech* (V. por todos Ronald D. ROTUNDA, JOHN E. NOWAK, J. NELSON YOUNG *Treatise on Constitutional Law Substance and Procedure*. St Paul, Minn. West, 1986 n.º 20-26) están, también, bastante alejadas de los problemas planteados por el caso español.

(50) Con cita de la STC 105/1990.

(51) Véanse además STC 104/1986 y 20/1990 Cfr. STC 105/1990.

(52) Véase María Teresa CASTIÑEIRA, *El mercado de las ideas*, p. 478, quien muestra, además, cómo la jurisprudencia penal hace luego dos cosas probablemente rechazables: presumir la existencia del ánimo de injuriar e invertir la carga de la prueba (pp. 479-482).

y la ausencia de aquél (53). Es obvio que esta técnica se presta a la inseguridad jurídica cuando no a la simple arbitrariedad dada la enorme dificultad de llevar a cabo una apreciación del tipo de *animus* en cuestión. Además, la aplicación de esta doctrina a *ilícitos civiles*, a la difamación civil, carece de base textual y es rechazada por parte de la doctrina (54). Ciertamente, su influencia en la jurisprudencia civil del TS se ha hecho sentir y la mayor parte de las sentencias de la Sala 1.ª posteriores a 1988 que aluden a la cuestión acusan recibo de la misma. Por lo dicho ello es criticable y a los argumentos citados hay que añadir ahora algún otro fundamental: Derecho civil no es Derecho penal; la denominada *injuria o ultraje civil* será normalmente *dolosa*, pero puede apreciarse también en casos de *culpa grave* (55) que, por definición es incompatible con cualquier dolo genérico o específico y, en todo caso, el dolo civil no incluye el ánimo de perjudicar. Si, por último, se recuerda que la función de la condena civil, es básicamente indemnizatoria y no sancionadora, cabrá concluir que la recepción civil de la doctrina penal del ánimo de ofender es rechazable. Pretender luego que ello deriva de la tutela constitucional a la libertad de expresión es algo que, en el mejor de los casos, resulta ajeno al texto del art. 20 de la C.E.

## B) El artículo de la Ley de Prensa e Imprenta de 18-3-1966

La Sentencia comentada zanja, al menos en parte, la cuestión relativa a la vigencia del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 (56): la responsabilidad solidaria que este artículo establece a cargo de “los autores, directivos, editores, impresores e importadores de impresos extranjeros” por “actos u omisiones ilícitos, no punibles” (57) alcanza, al menos, a *directores y editores*: A los primeros porque tienen “derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico” (art. 37 de la Ley de Prensa), y a los segundos en cuanto les “corresponde la libre designación del director” (art. 40.1 de la ley citada) (F.J.3). Son casos, dice el Tribunal, de aplicación del principio de *culpa in eligendo o in vigilando* (58). Pero es éste —véanse arts. 1.903 y 1.904 Cc— más que el art. 65.2 de la Ley de Prensa, el que hay que considerar como regla del caso: el art. 65.2 de la Ley de Prensa establece un supuesto muy rígido de responsabilidad en cascada que no parece tener en cuenta criterios de *causación múltiple* de un daño, de creación de *riesgos*, de *control* o, pura y simplemente, de *responsabilidad empresarial*. El texto puesto en cuestión por el recurrente parece pensado para disuadir a cualesquiera agentes imaginables del proceso informativo —llega a responsabilizar a los impresores o a los distribuidores internacionales que importan publicaciones extranjeras— de tomar contacto con la información que se pretende controlar. El precepto carece de todo valor ejemplar y, en ese sentido, su autonomía es hoy escasa. Hoy en día hay que entenderlo, en todo caso, como un texto incardinado en las reglas generales sobre res-

---

(53) *El mercado de las ideas*, pp. 482-484.

(54) Véase últimamente Fernando HERRERO-TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid. Colex 1990, p. 192.

(55) V. *El mercado de las ideas*, p. 424.

(56) Auto del TC de 14.11.1988.

(57) Es decir, por la comisión de ilícitos civiles o administrativos.

(58) *Ibidem*.

ponsabilidad civil del empresario y de todo aquel que participa, en principio negligente o dolosamente, en la causación del daño indemnizable. De hecho, y como manifiesta una nutrida jurisprudencia civil (59), se llegaría a la misma solución por aplicación de aquellas reglas; por ello, la supresión del art. 65.2 de la Ley de Prensa coadyuvaría a mejorar el sistema pues desaparecería el texto que sitúa en el mismo plano a quien normalmente ha de ser considerado responsable (la empresa editora) y a quien sólo muy excepcionalmente debería llegar a serlo (los impresores). Desde el punto de vista de lo que acaece normalmente, la equiparación normativa de responsabilidades no refleja una paralela equiparación de contribución a la causación del resultado dañoso.

### C) Pluralidad de daños y acumulación de acciones

La Sentencia rechaza que la resolución recurrida hubiera vulnerado el art. 24.1 de la CE al haber convalidado la acumulación de acciones denunciada por los recurrentes. Afirma, al efecto, que la acumulación procede o no conforme a criterios de legalidad ordinaria en los que el Tribunal Constitucional no puede entrar salvo que aquélla “haya creado un confusio nismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa” (F.J.2). Con todo, más que de “confusio nismo” —que es una expresión que viene a querer decir oscuridad en las ideas causada normalmente de intento—, parece que ha de tratarse sencillamente de *confusio n* procesal y ésta no se dio en el caso: “En la demanda se concretan, de manera singularizada, los antecedentes fácticos y fundamentos jurídicos de las dos acciones acumuladas, se identifican los dos demandados con la debida separación y no se confunden las responsabilidades exigidas a los mismos... individualizándose la responsabilidad que a cada grupo de demandados se impone” (60).

*Quid*, con todo, en relación al “efecto multiplicador” de la ofensa y pretendidamente producido por la acumulación? El Tribunal señala que, en cuanto ello hubiese conducido “a una inadecuada valoración de la presunta ofensa y por ello a una incorrecta consideración de los valores constitucionales en juego... podría constituir violación del derecho reconocido en el art. 20 de la CE” (F.J.2). Más, añade, lo que en realidad hacen los recurrentes es invocar el art. 24.1 de la CE en apoyo de su reclamación principal relativa al art. 20 CE o, tal vez, subsidiariamente a ella. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que los recurrentes no solicitaron en el súplico de su demanda la nulidad de todas las actuaciones judiciales. El brusco quiebro en la argumentación deja en el aire la cuestión relativa a la definición de los criterios materiales de *valoración adecuada* a que se refiere el Tribunal.

El tema tiene cierta importancia pues los recurrentes hablaban, como vimos, de que “el hecho de haber acumulado las acciones... supone acumular información publicada por varios medios” con el “efecto multiplicador de la carga ofensiva que pueda haber en las diversas publicaciones” que fuera “como onda expansiva a afectar a los demás medios informativos”. Esta fundamentación apuntaba a la posibilidad de que, efectivamente, la conjunción de las dos informaciones produjera un daño superior a la suma del que cada una de ellas, considerada aisladamente, hubiera podido generar. Teniendo en cuenta que la presunta ofensa se proyectaba so-

(59) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 148-150.

(60) *Ibidem*.

bre la reputación del fallecido y que ésta no es estrictamente divisible, que los daños morales son, por definición, difíciles de medir y que, por último, la suma de informaciones y opiniones críticas publicadas por diarios de muy distinta orientación deben normalmente considerarse como multiplicadoras del daño, parece razonable concluir que no hubiera sido disparatado accionar conjuntamente contra todos los recurrentes.

El Tribunal no entra en la cuestión, pero su insistencia en la necesidad de evitar el “confusionismo procesal” en la acumulación de acciones puede dar lugar a que se crea que los actores en el pleito civil apuraron los límites de sus facultades procesales ex. art. 156 LEC en relación con el 24.1 CE. Mas, vistas las cosas desde el punto de vista de la naturaleza del daño, la cuestión adquiere perfiles muy distintos: El tema es si un medio de información (o cualquier otro agente social), en cuanto ha de tener en cuenta el entorno en el que actúa, ha de valorar el grado en que el conjunto de actos posibles y de la misma naturaleza de los demás medios de comunicación (o de los demás consociados) multiplica las potencialidades dañinas del propio actuar. Si la respuesta es positiva, algo más que la acumulación de acciones hubiera sido posible en este caso (61).

## 2. La STC 172/1990, de 12 de noviembre, Sala 2.ª (“BOE” 30-11-1990)

### A) Los límites a la libertad de información y de expresión

#### a) *Información y diligencia en contrastar su veracidad: beneficios generales y costos particulares*

La STC 172/1990 —más lineal en la argumentación y más ceñida al caso en la decisión que la anterior— comienza delimitando identidades y diferencias con el supuesto resuelto por la STC 171/1990:

“Existe identidad total en los problemas relativos a la responsabilidad solidaria y a la acumulación de acciones, que son problemas de orden teórico en el que no intervienen datos de hechos que pudieran alterar su sustancial identidad, pero no ocurre lo mismo con el problema que se suscita en relación con la fuerza legitimadora de la veracidad de la información, puesto que este problema nos sitúa de lleno en el alcance de la prevalencia del derecho de información sobre los derechos al honor y a la intimidad de las personas y ello entraña un juicio ponderativo de los derechos en conflicto, en el que resulta decisivo, en cada caso concreto, atender al contenido de la información a fin de establecer si reúne o no las condiciones de li-

---

(61) En muchos supuestos lo es: varias acciones ilícitas que, aisladamente, sólo producirían daños leves pueden generar, sumadas, uno grave. Es más: varias acciones inocuas, acumuladas, pueden resultar en un perjuicio grave. La concurrencia de varios cursos causales que, independientemente, son insuficientes para originar el resultado pero que, conjuntamente, lo producen es un viejo tema en la doctrina de la causalidad. Sus mejores tratamientos acostumbran a proceder del campo de la dogmática penal. Véase, por todos, Santiago MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*, 3.º ed. Barcelona. PPU, 1990. pp. 231-239.

cidad constitucional que le son exigibles para que el derecho merezca la protección privilegiada que le corresponde”. (F.J.1).

Se anuncia así que la resolución coincidirá con la de la STC 171/1990 en cuanto a aquellos dos primeros temas, mas, se nos dice inmediatamente a continuación, el tercero debe ser resuelto “con total independencia y con sujeción a la singularidad incommunicable que caracteriza a cada una de las informaciones publicadas” en EL PAIS y en DIARIO 16 “si bien los criterios generales aplicables” deben ser “para ambas” “los mismos que ya hemos establecido en resoluciones anteriores” (62).

Las libertades del art. 20 de la CE, sigue diciendo el TC, *prevalecen* sobre los derechos de la personalidad garantizados en el art. 18 de la CE pues aquéllos “no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano sino también condición de existencia de la opinión pública libre indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático”. (F.J.2).

Sin embargo, esa prevalencia *no es absoluta* sino que sólo existe en la medida en que las informaciones y opiniones de que se trate “resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven la intromisión en la intimidad y el honor de otros más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad” (Ibidem). El Tribunal apunta claramente a un *concepto normativo de discurso público*: no sólo requiere la “veracidad” de la información “sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere”, “que tenga relevancia pública” (ibidem). Un índice (normativo) de esa relevancia lo ofrece la naturaleza *pública o privada* de la persona (cuyo comportamiento es) objeto de la información así como el hecho de que se haya involucrado voluntariamente en asuntos públicos (63).

En todo caso, la exigencia constitucional de veracidad no lo es de verificación sino de contrastación diligente de las informaciones que se publican: “la regla de veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que, imponen un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información recastamente 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

---

(62) STC 6/1981, 12/1982, 105/1983, 13/1985, 51/1985, 104/1986, 165/1987, 6/1988, 107/1988, 51/1989, 121/1989, 20/1989, 20/1990 y 105/1990. (Ibidem).

(63) “El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública o privada 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 delicados o 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”. (F.J.2.)

de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional 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 intervenciones o insinuaciones insidiosas". (F.J.3).

Tres cosas deben señalarse en relación al párrafo transcrito:

i) Para la valoración de la inversión en precaución —en esfuerzo de “comprobación”— que debe hacerse al informar, el Tribunal recurre a un concepto *cualitativo* —lo que es “razonable”—. *Cuantitativamente* puede partirse de la fórmula que enseñara Learned Hand (1872-1961): Para exonerarse de responsabilidad por negligencia, el informador debe invertir en precaución una cantidad igual, por lo menos, al importe del daño que puede causar multiplicado por la probabilidad de originarlo. Pero como, además, la actividad informativa sobre asuntos de interés general tiene un valor propio, éste habrá de ser tenido en cuenta para contrapesar (“ponderar”), junto con las precauciones adoptadas, el daño probable: no sólo tratamos del art. 18 de la CE sino de éste y del 20 de la CE (64).

ii) Pero nótese que, entonces, los costes derivados de los daños causados por la publicación de un discurso (más) beneficioso (que costoso pero, por tanto, no gratuito) llevada a cabo por un informador suficientemente diligente, los paga o sufre la persona que es objeto de esa información mientras que los beneficios se reparten entre el informador y la colectividad. La doctrina de los personajes públicos trata de salvar este desequilibrio, pero es dudoso que lo consiga completamente: es cierto que el *sujeto público* trata de hacer suyos los beneficios de su actividad pública (al menos en parte) así como que tiene normalmente más fácil acceso al *público* que un simple particular, pero también lo es que hay materias *objetivamente* relevantes para el interés general al margen de los sujetos que intervienen o que se ven involucrados en ellas. Resulta claro que, en esos casos, *una* persona, precisamente la perjudicada por la información, pagará por el beneficio de *todos* y la idea de que todos debemos contar con la probabilidad de vernos envueltos en un asunto de interés general no basta para justificar que tengamos, por ello, que asumir individual y efectivamente el riesgo del daño producido por la información de que se trata; desde luego, no parece bastar cuando aquella probabilidad de *perder* no esté asociada a ninguna probabilidad de *ganar* algo con la asunción del riesgo en cuestión. Veremos que la Sentencia comentada no es, en manera alguna, ajena a esta problemática.

iii) En tercer lugar el texto recuerda la *doctrina de la verdad sustancial*: no es preciso que la “exactitud” sea “total”. No se indica la *parte* de error admisible que, así las cosas, puede ser muy grande. Es más, en los casos de cuestiones muy problemáticas será muy difícil *acertar sustancialmente* por más diligencia en comprobaciones que se haya aplicado. Pero para eso está la siguiente regla que enuncia el Tribunal: *no debe atribuirse a lo probablemente falso un valor de verdad elevado*, es decir, *no hay que dar por cierto lo dudoso*. La doctrina de la verdad sustancial se apli-

---

(64) Richard POSNER consideraría, al menos, una tercera variable junto con la precaución y el valor del discurso: el error legislativo o judicial que inevitablemente se comete al tratar de controlar restringir, prohibir, etc— un discurso. Véase *El mercado de las ideas*, pp. 47-55.

ca entonces para permitir salvar las inexactitudes menores o de detalle en una información sustancialmente correcta. La idea de *sustancia* está implícita en la acertada referencia de la Sentencia a la irrelevancia de los errores *circunstanciales* en cuanto las circunstancias son los accidentes de tiempo, lugar, modo, etc. que están unidos a la sustancia de lo que se dice.

b) *Publicación y referencia a las fuentes de información*

A la enunciación de la doctrina general que se recoge en el epígrafe anterior sigue una matización de importancia:

“En este punto, debemos añadir que el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador, que es el que está ejerciendo el derecho a informar, y, por tanto, aquél al que incumbe no exceder sus límites, evitando la propagación de noticias que, aún procediendo de sedicentes fuentes bien informadas, no se ha preocupado de contrastar con diligencia razonable y resulten después ser lesivas del derecho al honor y a la intimidad personal, cuya falta de fundamento pudo comprobar si hubiera desplegado esa diligencia que, a tal efecto, exige el ejercicio serio y responsable del fundamental derecho a comunicar información”. (F.J.3).

Las reglas tradicionales en materia de *publicación* de enunciados difamatorios son que ésta es *divulgación* (arts. 7.3 y 7.7 de la L.O 1/1982), *comunicación a terceros*, y, luego, que cada *repetición* de comunicaciones anteriores es una nueva publicación (65). El Tribunal apunta a que todo acto de nueva publicación es *autónomo* en relación a los anteriores en el sentido de que la contrastación de la veracidad de la afirmación es objeto de un “deber propio y específico de cada informador”. Sin embargo, esta autonomía es relativa y el informador puede razonablemente confiar en la responsabilidad y solvencia de sus fuentes de información cuando estas cualidades existen efectivamente. Nótese que la Sentencia no obliga a cada nuevo informador a realizar una inversión en precauciones, en comportamiento diligente, igual a la ya llevada a cabo por el anterior informador o por las fuentes originarias de que se trate. La Sentencia apunta a una autonomía relativa y no absoluta del informador: no basta para exonerarle la “pura y genérica remisión a las fuentes indeterminadas” ni la alusión a “sedicentes fuentes bien informadas”, pero sí es posible llevar a cabo un reportaje honesto o justo cuando se divulga con exactitud y sin sesgos intolerables lo que ha manifestado o publicado una fuente oficial de información y se cita esa misma fuente (66).

---

(65) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 140-145.

(66) Véase *El mercado de las ideas*, pp. 151-152.

c) *Opiniones y su límite. Expresiones literalmente injuriosas y ánimo de injuriar*

Con rotundidad distingue el Tribunal entre opiniones y hechos: “Entendiendo así el requisito de la veracidad, es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones, y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión y de información, siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos”. (F.J.3).

A continuación se dice que, en los supuestos de *información* acompañada de *valoración*, ésta no desnaturaliza a aquélla, si “el elemento preponderante” es “el informativo”. En cualquier caso, lo realmente importante es que “las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación” por lo que el criterio para apreciar su licitud no es la (diligencia en contrastar la) verdad sino “la ausencia de expresiones injuriosas... innecesarias para el juicio crítico”. En efecto, si bien cabe la “actitud crítica... enérgica o áspera siempre que los términos en que se exteriorice no sean desmesurados o desproporcionados con la finalidad de oposición o repulsa” que se pretende y sin que pueda exigirse que las informaciones “sean neutrales o estrictamente objetivas”, “*en todo caso, las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información*”. (F.J.3, subrayado nuestro).

A diferencia de la Sentencia 171/1990 anteriormente comentada, la 172/1990 *no exige un dolo específico*, el ánimo de injuriar, sino que, presuponiendo la voluntariedad de la conducta reprochable, señala que la *literalidad* insultante o vejatoria de la expresión proferida basta para descalificarla. Es pronto para poder afirmar si, con ello, se apunta a un cambio, en nuestra opinión deseable, en relación a la doctrina tradicional, pero, en cualquier caso, salta a la vista la diversidad de orientaciones de ambas resoluciones.

d) *Información e intimidad*

Finalmente, la Sentencia concluye la síntesis de la doctrina del Tribunal precisando otro límite al derecho de información cuando ésta, por más que con verdad, se refiere a la intimidad:

“El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aún siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa”. (F.J.3).

El *test* apuntado parece permitir un grado de *relativización notable* del derecho a la intimidad en función del *interés público*. Hay que considerar, con todo, implícita la salvaguarda de su *contenido esencial* tal y como lo define la propia jurisprudencia constitucional.

e) *La resolución del caso*

El F.J.5 de la Sentencia comentada resuelve que la aplicación al caso de la doctrina expuesta no permite amparar a los recurrentes:

“La información, al margen de la veracidad o falsedad, lesionó de manera ile-

gítima el honor y la intimidad personal del piloto fallecido, puesto que, en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que exceden el ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a la información”.

“Apreciado en el contexto global de la información transmitida, debemos considerar constitucionalmente irreprochable el criterio del órgano judicial de incluir entre las expresiones que, por su literalidad, califica de intromisión ilegítima en el honor del Comandante Patiño, las de «cachondo mental» y «mal educado y grosero», puesto que exteriorizan un juicio personal del informador a cuya consideración judicial de formalmente vejatorias, ajenas al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas, nada tiene que objetar este Tribunal y tal consideración es mucho más notoria y de mayor gravedad respecto a la afirmación de que dicho piloto, hombre casado y con hijos, «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses», puesto que tal afirmación, que de ser cierta podría quizá, en determinadas circunstancias venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información, tanto más cuanto que se trata de una persona fallecida, cuya memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto”.

Las expresiones se consideran insultantes y las informaciones, verdaderas o no, se estiman impropiedades por afectar a la intimidad del piloto fallecido. Esta se considera a estos efectos, “una persona privada” y no una figura pública. Recuérdese que la STC 171/1990 obviaba esta cuestión pues hacía derivar la relevancia pública del asunto de *datos objetivos* (“la competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto... han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el público que traspasan los límites de la esfera privada” e, igualmente, “las condicionasen que se encontraba y la conducta profesional”, F.J.7 de la STC 171/1990).

El criterio relevante es, finalmente, el objetivo y ahí se encuentran ambas resoluciones: no hay, dice la STC 172/1990 “la más mínima conexión” entre la información y el suceso público. Si se acepta el hecho base de esta afirmación, hay que concordar con la decisión del Tribunal por más que pueda discutirse el carácter de simple persona privada de un piloto de líneas aéreas.

## **B) El artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966**

### **C) Pluralidad de acciones dañosas y acumulación de acciones**

En uno y otro tema los Fundamentos Jurídicos 5 y 6 de la Sentencia 172/1990 resuelven de igual forma que lo hizo anteriormente la 171/1990. Por ello cabe remitirse a lo que se señala en los apartados correspondientes de este comentario, pero, principalmente, el lector que relea el claro tenor de los Fundamentos Jurídicos ahora citados podrá apreciar su concisión y corrección. Aquí el comentario de generaría en inútil paráfrasis.