

¿Conflictos entre derechos fundamentales? Sobre ponderaciones y otros trucos y a propósito de dos sentencias españolas

Juan Antonio García Amado*

mn

Conflicts between rights?

About balancing and other tricks and

à propos two Spanish sentences

Resumen

Los conflictos entre derechos son un escenario en el que usualmente la justicia constitucional ve la necesidad de realizar ponderaciones que precisen el contenido de los derechos en el caso concreto. No obstante, el estudio detenido de ciertas decisiones de la justicia española permite advertir que los racionios judiciales en realidad son de corte interpretativo-subsuntivo. En el análisis, que muestra la tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, junto con los límites propios de la libertad sindical, se revela que el juez siempre debe determinar un contenido no a partir de la lógica del caso concreto, sino de las reglas generales que permiten o restringen determinada libertad.

Palabras clave: Derechos fundamentales; Conflicto de derechos; Ponderación; Libertad sindical; Derecho al honor.

Abstract

The conflicts between rights are a scenario in which constitutional justice usually sees the need for weights clarifying the content of the rights in the case. However, further study of certain decisions of the Spanish justice to reveal that judicial reasoning are actually interpretive-subsuntive court. In the analysis, showing the tension between the right to freedom of expression and the right to honor, along with the proper limits of freedom of association, it is revealed that the judge must always determine a content not from Case Logic Specifically, but the general rules that allow or restrict certain freedom.

Keywords: Rights, Competing Rights, Balancing, Freedom, Right to Honor.

Fecha de presentación: 18 de noviembre de 2014. Revisión: 9 de diciembre de 2014. Fecha de aceptación: 15 de enero de 2014.

ef

Apenas es imaginable una norma jurídica que limite conductas o efectos jurídicos de conductas y que no suponga alguna restricción para un derecho fundamental constitucionalmente consagrado. Poniendo casos extremos, pero ciertos, cuando el Código Penal prevé castigos para los delitos contra la vida o contra la propiedad, está restringiendo el derecho a la libertad del calificado como homicida o ladrón. Cuando se trata de delitos de injuria o calumnia se está restringiendo la libertad de expresión de modo patente. Por supuesto, tales restricciones de unos derechos se hacen para amparar otros, para evitar que otros se queden en papel mojado y desaparezcan a efectos prácticos. Si no se tipificara como antijurídica ninguna conducta atentatoria contra el derecho a la vida, este derecho se vaciaría por completo, carecería de toda protección; si la libertad de expresión fuera irrestricta, el derecho al honor, entre otros, estaría privado de todo contenido protegido.

La presencia de derechos que mutuamente se anulan o se limitan fuerza a delimitar el alcance de cada uno de ellos, sea en abstracto o sea ante cada caso concreto. El control abstracto de constitucionalidad sirve para velar porque la delimitación legal del alcance de un derecho constitucional no deje sin efecto el mínimo constitucionalmente debido de otro derecho.

En el caso concreto de tensión o conflicto entre derechos fundamentales los enfoques legales o jurisprudenciales pueden ser dos. Conforme al primero, se trata de ver si el caso encaja bajo el supuesto constitucional o legalmente determinado como de ejercicio

legítimo o de ejercicio ilegítimo de uno de esos derechos fundamentales. Expliquemos esto.

Pongamos un derecho fundamental D1 que es dado a colisionar con un derecho fundamental D2. El espacio en que se puede dar esa colisión lo denominamos E. Por poner un ejemplo, si D1 es la libertad de expresión y D2 es el derecho al honor, de E forma parte, por ejemplo, la expresión de críticas mediante palabras de contenido fuertemente peyorativo, como si decimos que X es una empresa que estafa a sus clientes aprovechando su posición de dominio en el mercado. Llamemos E, pues, a ese espacio concreto. A este caso concreto de E lo llamaremos Ex.

Supongamos que hay una ley L1 que regula el ejercicio de D1. Esa regulación puede hacerse tipificando el ejercicio legítimo de D1 o tipificando el ejercicio ilegítimo de D1. También puede haber o no una ley L2 reguladora del ejercicio legítimo o ilegítimo de D2.

Tenemos varias situaciones posibles.

(i) L1 delimita Ex como parte del ejercicio legítimo de D1, y no hay L2.

Si L1 no es inconstitucional, Ex es ejercicio legítimo de D1 y, como tal, no cuenta en ese sistema jurídico como limitación inconstitucional de D2.

(ii) L1 delimita Ex como parte del ejercicio ilegítimo de D1, y no hay L2.

Ex es en todo caso antijurídico y, si lo que justifica su caracterización como ilegítimo en L1 es la protección de D2, está ahí la justificación constitucional de la limitación de D1 que supone.

(iii) L1 delimita Ex como ejercicio ilegítimo de D1, y L2 como ejercicio legítimo de D2.

(iv) L1 delimita Ex como ejercicio legítimo de D1, y L2 señala Ex como atentado ilegítimo contra D2.

Tenemos ahí una antinomia. Si es posible, debe solucionarse, evitándola, por vía de interpretación de los términos de L1 y L2. Si no, habrá que ver si tienen aplicación los habituales criterios de resolución de antinomias. Si tampoco, decidirá en cada caso la discrecionalidad judicial.

En las tres primeras situaciones no se ponderan las circunstancias del caso concreto, sino que se analizan los hechos y se interpretan las normas para ver si en efecto son subsumibles los hechos bajo la norma o normas que brindan la solución. En las situaciones del cuarto tipo y cuando la antinomia no es evitable mediante interpretación o no se quiere evitar así, y cuando no resuelven los criterios de solución de antinomias, hay un pleno ejercicio de discrecionalidad por parte del juez y podemos decir que su decisión depende de la valoración o ponderación que haga, correlativamente, de la importancia en abstracto de los derechos enfrentados y de su importancia relativa a la luz de las circunstancias del caso concreto.

Los supuestos de tipo (iv) son muy escasos. Los más comunes son los otros tres, en especial, los dos primeros.

En nuestro sistema jurídico, la relación entre libertad de expresión y derecho al honor se halla regulada, de la manera correspondiente a (ii), mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y por el Código Penal en el Título xi (“Delitos contra el honor”), artículos 205 y siguientes, referido a la calumnia y la injuria.

La situación es pareja a tantísimas otras. Así, por mencionar un ejemplo, los conflictos entre derecho de propiedad de uno y derecho de libertad de otros se resuelven mediante normas que ponen límites al ejercicio del derecho de propiedad y mediante otras que permiten limitar la libertad a modo de pena por delitos contra la propiedad. Otro caso, de tantos: yo soy libre para hacer lo que quiera, pero si daño a otro por obrar con negligencia, deberé indemnizarlo, de conformidad con el artículo 1902 del Código Civil.

La pregunta peculiar es esta: por qué cuando se trata, por ejemplo, de un delito contra la propiedad, se trata nada más que de ver si la conducta en cuestión, probada, se subsume o no bajo el tipo correspondiente, en lugar de mirar las circunstancias del caso concreto y ponderar para ver si pesa más la libertad del que se apoderó de algo ajeno o la propiedad del dueño de la cosa; o por qué en un caso de demanda por daño extracontractual, con base en el 1902, se examina si se dan las condiciones establecidas por ese artículo y por la jurisprudencia que lo aplica, en lugar de ponderar en cada ocasión los derechos y los principios en juego y las circunstancias concurrentes.

Mas aún, en el caso del conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, en los procesos por injuria o calumnia no se suele acudir a la ponderación, sino que se razona con el habitual esquema interpretativo-subsumitivo: interpretado el sentido de los términos con los que el tipo penal aparece dibujado en el Código, se trata de ver si los hechos encajan o no bajo dicho tipo, si son subsumibles o no en él. Si lo son, hay condena, sin entrar a considerar cuánto de importante resultará la afectación de la libertad de expresión por ello.

En cambio, cuando se plantea una demanda civil por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a tenor de la Ley Orgánica 1/1982, se termina en la ponderación: viendo cuál es el peso abstracto del derecho al honor, por un lado, y del derecho a la libertad de expresión y/o del derecho a la libertad de informar, por el otro, y pesando las circunstancias del caso para, todo unido, ver cuál de los dos derechos prevalece. ¿Qué resulta de ahí? Resulta la prescindencia total de la ley referida, su plena inutilidad. ¿Por qué? Porque con tal proceder se considerará intromisión ilegítima en el derecho al honor tan solo aquella limitación de dicho derecho que haya ganado en la ponderación; es decir, cuando ponderado el derecho al honor limitado por cierta expresión de un sujeto y la libertad de expresión por ese sujeto ejercida, resulte de mayor peso o relevancia el daño para el primero que el daño que a la segunda se hace al establecer la ilegitimidad.

En otras palabras, para estos efectos, estamos en la misma situación que si no existiera la mencionada LO 1/1982 de Protección del

Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. ¿Por qué? Porque no son los términos de esta ley los que determinan cuándo una intromisión en esos derechos o limitación de ellos es ilegítima, sino que esa ilegitimidad depende de un factor completamente externo o ajeno a dichos términos: la ponderación de los derechos concurrentes y de las circunstancias del caso.

¿Cómo sería o debería ser el razonamiento judicial si de esta ley y para tales casos se hiciera una aplicación ordinaria, como de cualquier otra y en cualquier otra situación de regulación legal no inconstitucional de un conflicto de derechos fundamentales? Pues según el siguiente esquema, en el derecho al honor referido:

1.º Definición o precisión de lo que en términos generales por honor se deba entender en la ley y su aplicación.

2.º Tipificación o precisión, en su caso, de comportamientos que puedan o deban contemplarse como antijurídicamente limitadores del derecho al honor, de conformidad con el punto anterior.

3.º Establecimiento de las consecuencias jurídicas de la limitación antijurídica de conformidad con los puntos anteriores.

Veámoslo en la Ley 1/1982, en lo referido al derecho al honor y a título de muestra. El artículo 1.º establece que el derecho al honor, al igual que el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, “será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”. Esta Ley Orgánica fija los criterios para la responsabilidad civil por estas intromisiones ilegítimas, incluso cuando se trata de responsabilidad civil derivada de delito, cuando la intromisión tenga carácter delictivo (art. 2.º). El artículo 7.º enumera supuestos de “intromisiones ilegítimas” en tales derechos, y en lo referido al derecho al honor podemos aludir a los que se mencionan en los apartados siete y ocho. El siete, bien claro, califica como intromisión ilegítima “La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Importa subrayar que, según el artículo 9.º, apartado tres, “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”. Y si hay perjuicio tiene que haber indemnización, la cual “se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

La regulación de la responsabilidad penal por delitos contra el honor la vemos en los artículos 205 y siguientes del Código Penal. En lo que aquí ahora nos importa, nos quedamos en que puede haber calumnia o injuria.

La calumnia la define así el artículo 205 del Código Penal: “Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Téngase en cuenta que, según el artículo 207, “El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”. La injuria la define el artículo 208 con estas palabras: “Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, a lo que añade ese artículo que “solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves” y que “las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Y queda exento de responsabilidad el que pruebe “la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas”.

Es evidente que en todas estas normas nos damos con enunciados que necesitan interpretación o para los que pueden surgir casos dudosos, casos que caigan en la zona de penumbra. Pero esto ocurre con estas normas y con todas. Por tanto, para que estas normas, como todas, puedan ser aplicadas, hay que dirimir por vía interpretativa qué se entiende por cosas tales como menoscabo de la fama de una persona y atentado contra su propia estimación, o como “temerario desprecio hacia la verdad”. No es esa la cuestión que aquí importa, ya que siempre a la subsunción antecederá la interpretación, y más y en particular en esos casos dudosos o difíciles en los que los hechos quedan dentro o fuera de la referencia de la norma según qué interpretación hagamos de los términos y expresiones de esta.

Nuestra duda aquí es esta que vuelvo a formular: por qué si alguien es demandado por dañar a otro en cualquiera de los múltiples supuestos encajables en el artículo 1902 del Código Civil no se pondera, aun cuando puede estar en juego el ejercicio por el dañador de algún derecho fundamental suyo, mientras que si se demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor sí parece que hay que ponderar. O por qué no se pondera en el caso de un aborto ilegal de los del artículo 144 y siguientes del Código Penal y sí se pondera cuando el delito del que se acusa es de calumnia o injuria.

En el fondo late una pregunta de más amplio alcance: ya que es obvio que prácticamente cualquier conflicto jurídico se puede reconstruir como conflicto entre derechos fundamentales o, por lo menos, como conflicto entre principios constitucionales de los que mencionan Robert Alexy y tantos principialistas, y puesto que cuando el caso a enjuiciar se presenta como de tal conflicto hay que ponderar, qué es lo que hace que en ciertos supuestos se emplee esa reconstrucción y el consiguiente esquema ponderativo y otras veces se opte por el planteamiento interpretativo-subsuntivo.

Examinemos algunos supuestos de todo esto, al hilo de la jurisprudencia.

I. ¿Ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión, mediante injurias, vs. legítimo ejercicio de la libertad sindical?

Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2008, de 22 de septiembre (ponente Ramón Rodríguez Arribas)¹. Un representante de un sindicato fue condenado como autor de una falta de injurias leves del artículo 620.2 del Código Penal, “tras haber repartido, como representante del sindicato cnt-ait, unos pasquines en diferentes comunidades de propietarios”, pasquines en los que “se

reflejaban una serie de irregularidades expuestas por trabajadores de la empresa de limpieza Suyma slú”. El demandante en amparo “aduce que los órganos judiciales intervinientes han vulnerado sus derechos a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a y d CE), al estar amparada su actuación por estos derechos fundamentales”. Alega el recurrente que su acción se enmarcaba en la “información sindical dentro de una situación de conflicto laboral, debiendo entenderse en este contexto las expresiones recogidas en los pasquines”.

Antes de entrar en el examen más pormenorizado del caso y de la sentencia, subrayemos dos datos bien elementales. El primero, que va de suyo que los delitos y faltas de injurias, en sus diversas variantes² y de calumnias, entre otros, suponen una restricción de la libertad de expresión, pues son delitos que se comenten al expresarse, mediante la palabra, y no de ninguna otra manera. Esto nos pone ante la cuestión central aquí: ¿la valoración o la ponderación de los alcances que correlativamente pertenecen a la libertad de expresión (limitada por estos delitos) y al derecho al honor (protegido por estos tipos penales) ya la realizó el legislador y, no siendo inconstitucional la respectiva norma penal, sólo resta interpretar sus términos para resolver los casos, o, aun así, hay que valorar o ponderar caso por caso? Si es esto último, la norma penal es bastante ociosa, salvo por la razón formal de cumplir con el principio de legalidad penal. O sea, que importa muy poco en qué términos se tipifique el delito y hasta será mejor hacerlo en términos muy genéricos o indeterminados, pues lo decisivo no van a ser las palabras de la ley penal, sino los “pesajes” de los derechos concurrentes a la luz de las circunstancias de cada caso.

La segunda precisión es que el propio Código Penal recoge el “ejercicio legítimo de un derecho” entre las causas de exoneración de la responsabilidad criminal (art. 20, 7.º)³. Esto nos pone ante la siguiente disyuntiva teórica y metodológica: o bien siempre que hay una circunstancia eximente procede ponderar, o bien cuando la acción típica se realiza “en el ejercicio legítimo de un derecho” estamos ante el trillado esquema regla expresa-excepción expresa, todo ello a expensas de la valoración de las pruebas y la interpretación de los correspondientes enunciados, como siempre. Dicho de otra manera: por qué si la eximente que concurre es la de obrar “impulsado por miedo insuperable” (art. 20, 6.º) lo que se analiza es qué quiere decir “miedo insuperable”, en lugar de ponderar el daño que el delito produce a un derecho de la víctima (la vida, la propiedad, el honor...) frente a la carencia de libertad del que por miedo actúa, mientras que si se trata de ejercicio legítimo de un derecho se ponderaría el peso del derecho ejercido (p. ej., la libertad de expresión o de información) y el peso del derecho limitado mediante tal ejercicio (p. ej., el derecho al honor).

Quedaría una tercera duda, si fuera el caso: por qué cuando el delito es de los que se ejercen mediante la expresión (injuria, calumnia...) se pondera buscando el peso del derecho ejercido (la libertad de expresión) frente al derecho limitado (v. gr., el honor), mientras que si el derecho ejercido es otro no se pondera el peso de ese otro derecho (o del principio iusfundamental subyacente) por relación al derecho por el tipo penal protegido.

De cualquier manera, hay que subrayar, al menos como hipótesis merecedora de más detallada comprobación, que el Tribunal Constitucional no suele mencionar, en este tipo de casos referidos a delitos en los que se protege el honor frente a las expresiones que lo merman, esa circunstancia eximente de ejercicio legítimo de un derecho. Por ejemplo, ninguna alusión se hace en esta sentencia que ahora comentamos. ¿Por qué? La hipótesis sería que porque se queda en la fase anterior: no hay acción típica en la acción del que daña el honor de otro si está haciendo un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, y esa legitimidad de tal ejercicio resulta de la ponderación en cada caso. Es decir, no se trata de que la circunstancia de ejercer en forma legítima un derecho exima de la antijuridicidad de la acción dañosa para el bien penalmente protegido, sino que no hay tal daño. Pero, si esto es así, ¿por qué el caso es presentado como de conflicto entre derechos, a fin de poder ponderar entre esos derechos en conflicto? De ese atolladero la teoría sale mediante la manida diferenciación entre conflicto *prima facie* y conflicto propiamente dicho.

¿Qué expresiones en concreto de aquellos pasquines provocaron la condena en primera instancia, luego ratificada en apelación? Al respecto, leemos esto en la sentencia de amparo del TC: se trataba de “la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas referentes a la empresa y a su administrador, don V. S. T. Tal como consta en los antecedentes, las expresiones a las que el juez otorgó relevancia penal, razonando que ‘tienen aptitud vejatoria e insultante’, fueron ‘explotador’, ‘compañía de explotación’ y ‘sucias empresa’”.

Recordemos que la condena había recaído por falta de injuria leve, tipificada en el artículo 620 del Código Penal: “Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: [...] 2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito”.

Ante una acusación penal que se siga con base en una norma penal que no haya sido declarada inconstitucional, los planteamientos metodológicos o de modo de razonamiento requerido pueden ser de dos tipos.

a) El razonamiento interpretativo subsuntivo. Sentados y probados los hechos, se razona sobre si encajan o no bajo los términos de la norma, debiendo a tal propósito interpretarse éstos. Si puede concurrir alguna causa modificativa de la responsabilidad, se razona también sobre si los hechos del caso son subsumibles o no bajo esa excepción.

Bajo tal punto de vista, si la conducta enjuiciada es subsumible bajo el tipo penal y no concurre ninguna causa de justificación, procede la aplicación de la pena, en el entendido de que la ponderación entre los derechos y su alcance ya ha sido realizada por el legislador y esa ponderación no ha sido corregida en sus términos generales por las vías del control de constitucionalidad de la ley.

b) El razonamiento ponderativo. Probados los hechos y resultando que son subsumibles bajo la norma penal tipificadora de delito o falta, hay todavía que ponderar con los derechos fundamentales (o con los principios constitucionales en general) del autor de la acción que puedan resultar restringidos en caso de condena. Es decir, aunque esa acción del acusado sea subsumible en el tipo penal correspondiente y aun cuando no concorra o no se eche mano de una causa de justificación de las tasadas en el propio Código Penal, cabe que ese acusado deba ser absuelto. ¿Por qué? Porque condenarlo, en este caso y con las circunstancias del caso, implica una indebida restricción de un derecho fundamental suyo.

Veámoslo en este caso de la sentencia que comentamos. Los ilícitos penales de injurias, sean como delito o como falta, se justifican como protección del derecho al honor de los sujetos. En esta ocasión hay un querellante, don V. S. T., que considera que su honor ha sido dañado por las expresiones de los acusados. El mismo TC admite que esa merma o afectación negativa del honor se da o pudiera darse, pero añade que hay que mirar también si aquellas expresiones formaban parte del ejercicio de la libertad sindical, derecho fundamental reconocido en el artículo 28 CE, y si la condena por una falta de injurias representa una restricción indebida de este derecho. O sea, que si esa condena supone una restricción indebida o ilegítima del derecho de libertad sindical, no es ilegítimo el daño al honor del querellante, aunque ese honor haya sufrido algún menoscabo.

¿Qué importa subrayar muy especialmente? Que se está introduciendo una excepción a la aplicabilidad del tipo delictivo penal, pero no por la vía de afirmar la concurrencia de una causa de justificación de las previstas de manera expresa en el propio Código, sino una que estaría implícita siempre y para cualquier delito, en virtud del peso de los derechos fundamentales y los principios constitucionales: la de que no se debe condenar en lo penal, aunque concurren todos los elementos del tipo penal y no concurren causas de justificación de las legalmente previstas, si dicha condena supone un menoscabo indebido de un derecho fundamental del acusado. ¿Cómo sabemos si nos hallamos ante un menoscabo indebido del derecho fundamental del acusado? Ponderando.

Oigamos al TC: no se trata, nos dice, de examinar si el tipo penal de injurias se compadece bien con los hechos probados del caso, sino de si este tipo penal se ha aplicado “en contra del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad sindical y a las libertades de expresión e información. Y ello entraña que el juez penal debe examinar, como cuestión previa a la aplicación del referido tipo penal a los hechos probados, si éstos no han de encuadrarse dentro de ese aludido ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en los artículos 28.1 y 20.1 a) y d) CE, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que dichas libertades operarían como ‘causas excluyentes de la antijuridicidad de la conducta’ (sstc 232/1998, de 30 de diciembre [rtc 1998, 232], F. 5; 2/2001, de 15 de enero [rtc 2001, 2], F. 5)” (FJ 3).

De ese modo, toda norma jurídica, y también toda norma penal, está sometida a una cláusula tácita de excepción: toda norma debe aplicarse, pero a no ser que por la vía de la ponderación se compruebe que su aplicación al caso en particular y en las circunstancias del caso particular causa una restricción indebida de un derecho fundamental. Esta cláusula de excepción tenemos que considerarla una regla sin excepción: vale para todas las normas penales y, más allá, para todas las normas del sistema jurídico. Y más: como no hay sanción negativa que no conlleve algún grado de restricción de algún derecho fundamental, sea porque la respectiva norma tipificadora del ilícito restringe la libertad de los ciudadanos, sea porque la sanción acarrea menoscabo de la libertad, la propiedad, la imagen, el honor o algún derecho fundamental, podemos concluir que toda aplicación de normas que vayan acompañadas de sanciones negativas puede y debe someterse a ese test que justifica la excepción aplicativa.

Así, supóngase que estamos juzgando el caso de un neonazi que públicamente ha negado el holocausto judío, lo cual es delito, a tenor del Código Penal español. Habrá que mirar las circunstancias del caso concreto y ponderar antes de condenar, no vaya a ser que la condena suponga una indebida minoración de su derecho a la libertad de expresión o a la libertad de opinión o a la libertad ideológica y de pensamiento o a la libertad religiosa o a sus derechos políticos, etc., etc. Y hasta en los delitos sexuales deberíamos mirar si la condena no puede en alguna ocasión implicar una restricción ilegítima de la libertad sexual o del libre desarrollo de la personalidad del imputado. Dos preguntas entrelazadas se nos imponen, y sobre ellas tendríamos al final que acabar trazando alguna hipótesis: por qué nuestros altos tribunales, y en particular el TC, no ponderan siempre y por qué ponderan cuando ponderan⁴. La respuesta, provisional pero que no parece difícil de fundamentar, es que por lo común se pondera para justificar la excepción a la ley. Cuando con la consecuencia de la ley el Tribunal está de acuerdo, no saca a relucir el peso de los derechos fundamentales que por la aplicación de la ley se ven afectados en forma negativa.

Pero ha de haber algo más. No olvidemos que en un caso como el presente la absolución del acusado puede venir justificada por dos vías. Una, mediante interpretación de los términos de la norma y valoración de las pruebas, haciendo ver que los hechos no son constitutivos del tipo de conducta que en su supuesto dibuja la norma. Por ejemplo, que decir “sucias empresas” o “explotadores” no es ofensivo o degradante, sino un juego de palabras o una crítica tolerable, o que no concurre ninguno de los elementos del tipo penal, como el animus injuriandi; o razonando sobre la concurrencia posible de una causa de justificación de las legalmente tasadas. La otra consiste en prescindir de ese tipo de consideraciones e ir de manera directa a la ponderación, en la idea de que tanto si estamos ante la conducta típica o no, lo primero que se debe mirar es si pesa más en el caso otro derecho que el protegido por el tipo penal y, si es así, absolver.

¿Cuál será la razón de que para ciertos delitos o determinados “conflictos” de derechos el TC elija este segundo camino? Mi hipótesis: porque aumenta su libertad y facilita su argumentación. Fijémonos en un caso como este de ahora. El acusado había sido condenado en primera instancia y en apelación como autor de una falta de injurias. Para invalidar esa condena por vía de amparo no quedaría más salida que la de mostrar o bien que se ha vulnerado el debido proceso del artículo 24 CE, por ejemplo por una irracional valoración de la prueba, o bien que se viola el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE, ya que se condena por un ilícito penal sobre la base de una insostenible interpretación de los términos de ese tipo penal⁵. Es decir, para revocar en amparo esa condena hay que “bajar” al terreno de la dogmática penal y de la argumentación técnico-penal más estricta y, de paso, se sentará jurisprudencia general en materia penal. Por el contrario, el recurso a la ponderación vale para que la condena pueda ser anulada con total prescindencia de si los hechos eran o no constitutivos del tipo de injurias o de si concurriría o no causa de justificación; basta afirmar apodícticamente que las expresiones de marras se insertaban en una actividad que es ejercicio de la libertad sindical. Pero ni siquiera de la libertad sindical tal como la ley correspondiente la regula y la permite, sino del derecho de libertad sindical del artículo 28 CE.

En resumen, y para acabar de presentar provocativamente mi hipótesis: en casos así, la ponderación es un magnífico expediente para que los tribunales decidan como quieran, sin la atadura de la ley, y para que puedan justificar su libérrimo criterio no sólo con enorme facilidad, sino de modo retóricamente sugestivo: no necesitan entrar en detalles técnico-dogmáticos y, además, quedan como excelsos protectores de los derechos fundamentales. Entre otras cosas porque en este tipo de motivaciones siempre se habla mucho más del derecho fundamental “ganador” que de lo que pierde el sujeto que ve pisoteado lo que no sólo es un derecho suyo igual de fundamental y constitucional, sino también un derecho suyo protegido, protegido por la ley que en punto a ese derecho desarrolla la Constitución y la

desarrolla de modo perfectamente acorde con la Constitución. Pues no olvidemos, en este caso de esta sentencia, que el querellante se quedó con los epítetos y con la sensación de que no importa que fueran en sí plenamente constitutivos de injuria, ya que el otro estaba en su derecho al emitirlos y aunque la Ley de Libertad Sindical a él no le otorgue expresa protección para así obrar y decir, como veremos, mientras que a él, al querellante, sí que parecía que el Código Penal lo amparaba en forma expresa. Vivimos, pues, en un “estado de excepción jurisprudencial” por obra de una jurisprudencia constitucional dudosamente constitucional. La mataron porque era suya; a la Constitución, digo.

Desde el principio el TC, en esta sentencia, plantea si “tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial, al calificar la conducta del recurrente como una falta de injurias del artículo 620.2 CP, han vulnerado su derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE)”. Observemos que no se preguntan si se ha condenado por injuria lo que no era injuria o si se ha desconocido la causa de exoneración de estar cumpliendo con un derecho. En otras palabras, no se debate que hubiera injuria, sino si el ejercicio legítimo de la libertad sindical, en tanto que derecho fundamental, comprende un derecho a injuriar. ¿O acaso la injuria, si la hay, deja de serlo por hallarse amparada por la libertad sindical? Si no la hay, el problema es de legalidad de la condena, pues se paga como delito lo que no cumple con el correspondiente tipo penal; en este caso no hay nada que ponderar, sólo velar por el principio de legalidad penal, pero con una gran limitación para la competencia del TC: debe respetar la autonomía de los tribunales ordinarios tanto a la hora de valorar las pruebas como de interpretar la legislación ordinaria. Ahí está el meollo político y competencial del asunto. Si sí existe injuria, si los hechos materialmente son constitutivos de tal, por darse tanto el elemento objetivo como el subjetivo del delito o la falta, llegamos a la conclusión ya antes apuntada, la de que hay que releer el Código Penal en una nueva clave: están prohibidos los comportamientos tipificados como delitos o faltas, a no ser que el delincuente tenga a su favor un derecho fundamental de mayor peso, en el caso, que el protegido por la norma penal, de forma que, ahí, el comportamiento materialmente delictivo es desde el punto de vista constitucional legítimo. O sea, a veces sí se puede jurídicamente injuriar; y habrá que concluir que a veces sí se puede jurídicamente cometer cualquier ilícito penal o de otro tipo. Pero el que se pueda o no se pueda lo determinan los tribunales caso por caso, ponderando para ese caso sin comprometerse para otros.

La doctrina general al efecto la recuerda el TC en esta sentencia:

“Para abordar esta cuestión conviene recordar que es doctrina de este Tribunal que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales al aplicar una norma penal la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales (sstc 2/2001, de 15 de enero, F. 3; 196/2002, de 28 de octubre, F. 6). Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo del ejercicio del mismo, vulneran éste, pues, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que ‘los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales’ (sstc 110/2000, de 5 de mayo, F. 4; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 4), y que ‘los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito’ (stc 185/2003, de 27 de octubre, F. 5). Es más, la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, han de ser consideradas de por sí lesivas y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada a través de él (stc 2/2001, de 15 de enero, F. 2). Bien entendido que nuestro control en tales casos no se ha de limitar a enjuiciar externamente la actuación de los órganos judiciales, examinando la razonabilidad de la motivación de las sentencias objeto de impugnación, sino que hemos de comprobar si se ha realizado en éstas una ponderación adecuada que ‘respete la posición constitucional de los derechos en juego’ (sstc 20/2002, de 28 de enero, F. 3; 174/2006, de 5 de junio, F. 2)” (FJ 3).

Véase que se dice “aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal”; esto es, aunque no sea discutible que materialmente se trate de una injuria y aun cuando por vía de interpretación no sea soslayable esa interpretación, habría que mirar si es una injuria constitucionalmente legítima. Eso se nos viene a explicar. Porque condenar esa injuria como injuria supondría una reacción punitiva que acarrea “un sacrificio innecesario o desproporcionado” de un derecho fundamental, aquí el de libertad sindical, otras veces la libertad de expresión o de información. Ese sacrificio desproporcionado se nos dice que tiene “un efecto disuasor o desalentador” de un derecho fundamental, pero no se menciona que, por las mismas, la absolución de lo que materialmente encaja en el tipo penal tiene un efecto estimulador de esos ataques al derecho fundamental amparado por la norma penal. Desde esta sentencia los representantes sindicales ya saben que al empresario le pueden decir de todo, injurioso o no, o casi; que al Código Penal quien no es legislador le ha añadido una excepción para este concreto delito.

Más que eso, se revoluciona por completo la dogmática penal, al menos para determinados delitos. Ya no basta, para que esté justificada la condena por delito o falta, el establecer que hay acción típica, antijurídica, culpable y punible. Ahora se tiene que comprobar también si el tribunal condenador ponderó, y la mera constatación formal de la ausencia de ponderación hará constitucionalmente ilegítima la condena. ¿Si ponderó qué? El derecho fundamental concurrente por el lado del acusado, el que con su conducta el acusado realizaba o extendía al llevar a cabo aquella acción típica, antijurídica y culpable. Por ejemplo, la libertad de expresión o, como aquí, la libertad sindical si es un delito contra el honor; o, se supone, la libertad personal o ideológica o el libre desarrollo de la personalidad si es un delito contra la propiedad o de daños a ciertos bienes⁶, etc.

En efecto, en el párrafo hace un momento citado se nos hace ver que, repito, “la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, han de ser consideradas de por sí lesivas y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resolución judicial impugnada a través de él”.

Así pues, no ponderar implica negarse a comprobar “la posición constitucional de los derechos en juego” y, sólo por eso, atentado

indebido contra el derecho del acusado, al margen de cuál acabe siendo el resultado de la ponderación. Y, preguntamos nosotros: ¿y dónde quedan varios derechos fundamentales del querellante si resulta que a su derecho al honor, legalmente traducido a protección penal frente a la injuria y a la calumnia, se le añade esa reserva o condicionamiento a la ponderación? ¿Es muy constitucional que yo tenga que describir mi situación legal diciendo que el Código Penal me asegura que nadie podrá impunemente injuriarme o calumniarme a no ser que al hacerlo esté ejercitando un derecho suyo no incluido en las causas de justificación del artículo 20 CP, en cuyo caso no puede ser delictiva su conducta?

Resulta sumamente curioso observar cómo por obra del Tribunal Constitucional se lleva a cabo lo que podríamos llamar una relativización de la imperatividad de la norma penal, unida a una correlativa relativización del derecho al honor como bien jurídico-penalmente protegido. Leemos: “Por otra parte, si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar este enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, ‘pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos’ (por todas, stc 266/2005, de 24 de octubre, F. 4)” (FJ 3).

¿Qué significa realizar la conducta “en ejercicio de dichas libertades” de expresión e información? Todo ilícito penal contra el honor supone un ejercicio de esas libertades, pero un ejercicio desmedido o inadecuado. ¿Quién marca el límite entre el ejercicio adecuado e inadecuado? La ley, en este caso la ley penal al tipificar esos delitos y faltas. ¿Sin límite ni traba para el legislador? Naturalmente, con el límite del control de constitucionalidad de la ley. Mas si la ley no es inconstitucional, y dado el papel que la constitución ha asignado a la ley, precisamente, esas normas penales han delimitado qué comportamientos son “ejercicio de dichas libertades” y cuáles ya no tienen ese valor constitucional; en otras palabras, que si estamos ante un comportamiento que reúne todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de injuria o calumnia, no puede tratarse de un ejercicio constitucionalmente legítimo de la libertad de expresión o información o derecho similar, pues esto equivaldría a sostener, como en verdad acaba haciendo el TC, que hay calumnias e injurias que son tales, pero que no resultan punibles. Acabamos de comprobar que se dice que no basta que concurren los elementos objetivos y subjetivos (animus) del tipo penal, pues lo primero que los tribunales han de analizar es si estamos ante un ejercicio de un derecho fundamental y, si es así, no hay antijuricidad aunque materialmente haya injuria y esté presente el animus iniuriandi. Es así como se relativiza el valor de la delimitación que el legislador, al tipificar los delitos contra el honor, ha hecho del ejercicio de la libertad de expresarse o informar. Frente a esa tipificación legal, el Tribunal Constitucional fuerza a un examen previo del alcance de los otros derechos concurrentes y a ver si es legítimo el ejercicio de este otro derecho, sin tener en cuenta el condicionamiento por ley establecido para la legitimidad de ese ejercicio. Esto es, hay que mirar primero si se está ejerciendo con el alcance constitucionalmente permitido la libertad de expresión o la de información u otras, como la libertad sindical, y si resulta que sí, será indiferente que el legislador penal haya dicho que estamos ante un atentado ilegítimo al derecho al honor. Las normas penales solo son de manera relativa imperativas, porque, aunque su aplicación sea del todo acorde con los hechos del caso y con el tenor de los tipos, los jueces pueden hacer a su aplicación cuantas excepciones quieran y sólo con decir que quien delinquiró estaba al tiempo ejercitando otro derecho.

En el caso de esta sentencia a fin de cuentas todo depende de cuál sea el contenido de ese derecho fundamental de libertad sindical del artículo 28.1 CE. No está de más que recordemos lo que dice ese precepto de la Constitución: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”. Por supuesto, habrá que entender que la libertad sindical solo tiene sentido si los miembros del sindicato tienen reconocida cierta libertad de acción. Eso lo desarrolla la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. ¿Dice ahí que entre los elementos constitutivos del ejercicio de la libertad sindical puede estar el injuriar o calumniar, aunque sólo sea a la empresa o la patronal o el personal directivo? No, no estamos ante una posible situación de antinomia entre el Código Penal y esta ley.

Como recuerda la propia sentencia, esta Ley Orgánica de Libertad Sindical, en sus artículos 8.º a 11, regula el ejercicio de ciertos derechos, pero nada dice de unos especiales contenidos de la libertad de expresión como parte esencial del derecho fundamental, de modo que en ejercicio de la libertad sindical esté permitido decir de alguien lo que sin ser sindicalista y fuera del marco del conflicto laboral no sería lícito decir. Los artículos 8.º a 11 de la ley tratan de cosas tales como que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán constituir secciones sindicales, celebrar reuniones y distribuir o recibir información sindical (art. 8.1), disponer de un tablón de anuncios en el centro de trabajo, participar en la negociación colectiva y utilizar un local adecuado (art. 8.2); que los que tengan cargos directivos de las organizaciones sindicales tendrán derecho a ciertos permisos y excedencias (art. 9.º); que en las empresas o centros de trabajo de más de 250 trabajadores se elegirán delegados sindicales en cierto número y que esos delegados sindicales tendrán derecho a ciertas informaciones, a asistir a las reuniones del comité de empresa y de determinados órganos internos de la empresa y a ser oídos previamente a la adopción de algunas medidas de carácter colectivo (art. 10.º); y que es legal el establecimiento de un canon o cuota para que los trabajadores contribuyan al sostenimiento económico del sindicato.

En ningún artículo de esa ley se dice, repito, que de la libertad sindical forme parte un alcance especial para la libertad de expresión, de manera que no sea calumnia o injuria usar contra el empresario, la empresa o el personal de la misma expresiones que de otra manera o en otros casos sí deberían recibir ese tratamiento penal. Sin embargo, el TC nos aclara a su manera que el derecho de libertad sindical “comprenderá también cualquier otra forma lícita de actuación que los sindicatos consideren adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamados. Entre otras, y por lo que atañe a la resolución de este caso, la utilización como instrumento de acción sindical de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información”.

Cae el TC en el razonamiento circular, como tantísimas veces. Claro que tendrá el sindicato derecho a usar todos los medios lícitos; el sindicato y yo y cualquiera. Lo lícito puede hacerse, con lo lícito no hay caso. El problema surge al convertir en lícito lo ilícito. Nadie

duda de que es lícito que yo vaya a misa si me da la gana, pues me ampara la libertad religiosa; lo dudoso es si yo puedo ir a misa a tirar unos petardos para protestar por la política del Vaticano, en uso de mi libertad de expresión, ideológica, política y de información. Nadie dudará igualmente de que todo sindicalista y cualquier ciudadano disfrutan de libertad de expresión, pero no es tan claro que pueda un sindicalista, en ejercicio de su labor, usarla para injuriar. Si el TC dice que sí, pues aunque material o típicamente sea injuria, es antes que eso un ejercicio de libertad de expresión esencial como parte de la libertad sindical, ya no es que se afirme que el sindicato está usando un medio lícito, sino que es el TC el que hace lícito el medio, para que el sindicato lo use. Lo hace lícito poniéndole una excepción a la norma penal, haciéndola derrotable para el caso y, con ello, limitando el derecho al honor de empresarios y de personal directivo de la empresa en la misma medida en que amplía el derecho de libertad sindical de los trabajadores en conflicto.

De todos modos, y puestos a ponderar, para el método ponderativo están doctrinal y jurisprudencialmente marcados unos pasos, esos mismos que el propio TC muchas veces menciona: test de idoneidad, test de necesidad y test de proporcionalidad en sentido estricto. Esa es la manera como los derechos en concurso se “pesan” correlativamente, a fin de que para el caso impere el más relevante. De la utilidad de tal método ya hemos dudado en otros trabajos, pero ahora toca preguntarse qué pasa cuando se pondera, o se dice que tal, sin ni siquiera seguir esos pasos. Esto es, cuando se llama ponderar al simple y elemental valorar cuál derecho es preferible.

En verdad, lo que el TC aplica aquí no es el método ponderativo, sino lo que podríamos llamar un sistema de subsunción inversa. Quiere decirse que en vez de dirimir si las expresiones controvertidas son subsumibles bajo el tipo penal de injuria, se analiza si son subsumibles bajo el derecho fundamental de libertad sindical. No es que se pese cuál derecho ha de prevalecer en el caso por estar los dos afectados, el del honor y el de la libertad sindical, tal como la doctrina de la ponderación demanda. No, lo que se hace es ver si se incluye el supuesto bajo el ámbito de la libertad sindical para, si es así (y resulte esencial o no el uso de tales expresiones para el ejercicio de dicho derecho), sentar en el caso una excepción a la aplicación de la norma penal.

Ya se ve de partida que ese de la subsunción inversa es el enfoque del TC, pues nos dice que se trata de analizar si la actuación del demandante de amparo “fue legítima o, si por el contrario, excedió de los límites constitucionalmente admisibles”, para lo cual se debe “determinar si su conducta se inscribe o no en el lícito ejercicio de las libertades de expresión y de información invocadas por el recurrente” (FJ 6). Y podemos nosotros repetir nuestra duda: ¿puede ser constitucionalmente lícito el ejercicio penalmente ilícito de un derecho fundamental?

Que el razonamiento es subsuntivo y no ponderativo se deja ver con nitidez en el fundamento sexto y último de la sentencia, donde la cuestión debatida se resuelve. Veamos por qué.

Se recuerda, en primer lugar, que la libertad de expresión “comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirija, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una ‘sociedad democrática’”.

Seguidamente, se precisa que no quedan protegidas por el derecho de libertad de expresión “las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) no reconoce un pretendido derecho al insulto”.

No puede ser más claro el esquema: si es una crítica, aunque desabrida, se está ejerciendo en forma legítima la libertad de expresión; pero si es un insulto, expresión ultrajante y ofensiva que no es necesaria para la idea que se trata legítimamente de expresar, no se tiene el amparo de la libertad de expresión.

A continuación se indica que se debe tener en cuenta en qué contexto y en qué circunstancias se producen las manifestaciones en cuestión. Como fueron esas expresiones emitidas “por un representante sindical en unos comunicados enviados a ciertos clientes de la empresa, donde se daba cuenta de un conflicto existente entre ésta y los trabajadores”, no puede entenderse que esas expresiones fueran gratuitas y estuvieran desconectadas de la línea argumental de esos documentos en el marco de ese conflicto. O sea, si entiendo bien, que sí venía a cuento y no era ocioso ni gratuitamente vejatorio llamar a la empresa “sucias empresa” y “explotador” a alguno de sus directivos, “no siendo dichos calificativos desde lo formal ofensivos o vejatorios, expresivos así del necesario animus iniuriandi de quien los utiliza, sino más bien reflejo de un lenguaje que ha venido utilizándose de manera habitual en la práctica sindical, utilizado por los trabajadores y sus representantes más contra la empresa como entidad empleadora que contra alguna persona determinada”. Y se agrega que la expresión “sucias empresa” es “un claro juego de palabras” pues se dirige “contra una empresa de limpieza”.

No debe quedar desapercibido, pues resulta esencial, el salto argumental que acaba de hacer el Tribunal. Se ha pasado de argumentar sobre si se trataba de un legítimo ejercicio de la libertad de expresión en el contexto de la libertad sindical, a señalar que no se darían los elementos de la injuria, tanto porque no son los epítetos empleados suficientemente vejatorios u ofensivos como porque estaría ausente el animus iniuriandi, el elemento subjetivo del tipo. Podríamos con todo fundamento comentar que para ese viaje no hacían falta las alforjas ponderativas ni toda esa retórica sobre el alcance de la libertad sindical. Si no es la expresión usada todo lo vejatoria para que haya delito o falta se requiere o si, aun pudiendo serlo, falta el dolo, el animus iniuriandi, da igual que los calificativos los use Agamenón o su porquero, un ciudadano cualquiera o un sindicalista en ejercicio. No habría delito por no darse el elemento objetivo del tipo, por no concurrir el elemento subjetivo o por ambas razones.

Ahora bien, ese razonamiento, así, no puede hacerlo el Tribunal Constitucional sin vulnerar su propio estatuto constitucional, es decir, sin convertirse en una instancia de supercasación. La valoración de los hechos y su prueba y la interpretación de la legislación ordinaria, entre ella la penal, corresponde en exclusiva a los tribunales ordinarios, no al Tribunal Constitucional, salvo que algún tipo de error manifiesto o de evidente desviación del razonamiento correcto dé lugar a una patente vulneración de un derecho fundamental. Fuera de esos casos excepcionales, el juicio de la jurisdicción ordinaria va a misa y no puede ser enmendado por el Tribunal Constitucional desde su convencimiento de que los hechos habrían estado mejor calificados de otra manera o la norma mejor interpretada con otro sentido.

En este caso que comentamos, la situación es así: en primera instancia y en apelación la jurisdicción ordinaria valoró las expresiones en

litigio e interpretó las normas sobre el delito y falta de injurias de tal manera que concluyó que había un ilícito penal y, en consecuencia, condenó. Nada había en esas sentencias que pudiera atacarse como atentatorio contra el debido proceso y la racionalidad requerida en la actividad judicial, ningún derecho fundamental quedaba por esa vía dañado. Pero el Tribunal Constitucional considera inadecuada esa condena por una falta de injurias, ya que, como hemos visto, piensa que ni son suficientemente vejatorias las expresiones en cuestión ni hay auténtico dolo en quien las emitió. Mas no puede expresarlo de esa guisa, ya que de inmediato se vería que estaba el TC extralimitando sus competencias al otorgar el amparo, puesto que ningún derecho fundamental sale dañado. Nadie tiene un derecho fundamental a obtener de los tribunales ordinarios la sentencia con el contenido que al TC le parezca más justo o resultado de la mejor interpretación de la ley ordinaria o de la más apropiada valoración de los hechos y sus pruebas, y tampoco tiene el TC derecho ni competencia para imponer en eso sus opiniones o preferencias. En eso está la diferencia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo o cualquier otro tribunal que en el respectivo caso ponga fin a la vía judicial y haga cosa juzgada con su sentencia.

Pero el Tribunal Constitucional, y no sólo el español, ha encontrado la piedra filosofal, la manera de transformar en competencia suya una función revisora para la que no es competente: presentar esas revisiones de sentencias como resultado de la protección de un derecho fundamental. En nuestro caso: ya que no puede decir que es inadecuado presentar como injuria lo que no lo es, lleva la argumentación al terreno de la libertad de expresión o de la libertad sindical, aduciendo que la condena por injuria equivale a desconocer que al verter aquellas expresiones los imputados estaban haciendo legítimo ejercicio de un derecho fundamental, sea el de la libertad de expresión por sí solo o sea en asociación con el de libertad sindical. No podía concluir el TC que era incorrecto, derecho penal y procesal en mano, el juicio condenatorio por una falta de injurias del artículo 620 del Código Penal. ¿Solución? Concluir sobre una cuestión distinta, sobre otro derecho fundamental, tal como el TC hace en esta sentencia: “las sentencias impugnadas, al condenar al demandante de amparo, como autor de una falta de injurias del artículo 620 CP, a la pena de veinte días de multa con una cuota diaria de seis euros, han vulnerado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), en relación con el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE), por tratarse de una reacción innecesaria y desproporcionada, con un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de dichos derechos fundamentales, no haciendo, por ello, los órganos judiciales intervinientes la obligada ponderación que viene siendo exigida por la doctrina de este Tribunal en estos casos”. ¿Ponderación? ¿Dónde está la ponderación hecha por el TC en este caso? Llama ponderación a una valoración correctora de la valoración que de los hechos y la interpretación de la norma penal había realizado la jurisdicción competente, valoración correctora para la que el TC carece de competencia. Por eso se habla de ponderación, para fingir o atribuirse la competencia de la que se carece.

En realidad, tanto en esta ocasión como en la inmensa mayoría en que se saca a relucir la retórica de la ponderación, no se pondera nada de nada ni se cotejan derechos en pugna de modo ninguno. Lo que se hace es atacar la sentencia que aplica la ley y que lo hace dentro de la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, haciendo ver que esa sentencia lesiona el contenido constitucionalmente necesario de un derecho fundamental. Eso permite al Tribunal Constitucional juzgar desde cero e invadir la competencia ajena pareciendo que se mantiene en la suya. Pero al hacer así trastoca por completo los esquemas constitucionales y el sentido último del reparto constitucional de competencias institucionales y hasta de derechos ciudadanos, ya que no solo invade el terreno exclusivo del poder judicial, sino las competencias propias del legislador. Pues no olvidemos que en sentencias como esta y so pretexto de una fantasmagórica ponderación, el TC está añadiendo una cláusula permanente de excepción a las leyes, aquí a la penal: para todo delito rigen no solo las excepciones tasadas expresamente en la ley o en la Constitución misma, sino también las que caso por caso quiera añadir el TC. Para añadirlas solo tendrá que decir que en ese caso concreto el “delincuente” no se salió del ejercicio legítimo de un derecho o estaba avalado por al ámbito de irradiación de un principio constitucional.

II. ¿Ponderación en pleitos civiles sobre derecho al honor? sts 742/2012

Ahora vamos a ver un caso de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, pero no en el ámbito penal, sino en el plano civil y dirimiéndose si hay o no hay intromisión ilegítima en el derecho a honor y, en consecuencia, obligación de indemnizar al así dañado. Comprobaremos, de paso, que el Tribunal Supremo tampoco es inmune a la fiebre ponderadora y que, una vez asumido que si no pondera le da pretexto al TC para “casarle” las sentencias, hace de la necesidad virtud y pondera para no tener que argumentar con tanta exigencia como demandaría el viejo proceder interpretativo-subsuntivo.

Manejaremos la sentencia 742/2012 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 4 de abril de 2012. El magistrado ponente fue Juan Antono Xiol Ríos.

El demandado tenía y administraba un blog. En ese blog se criticaba a la Sociedad General de Autores (en adelante, sgae) y en los comentarios de algunas entradas hubo terceros que vertieron contra la sgae expresiones problemáticas, por ejemplo, diciendo que son ladrones. La sgae presenta demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor, de conformidad con la Ley Orgánica 1/1982 de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. No se debatirá aquí, pues está perfectamente asentado en la legislación y en la jurisprudencia constitucional, que una persona jurídica también es titular del derecho fundamental al honor. Tampoco haremos cuestión de lo que las sentencias del caso dan por bueno en cuanto a que el administrador del blog es responsable civilmente no solo de las opiniones o expresiones por él vertidas, sino también de las que se contengan en los comentarios de otros y que él haya conocido y no haya eliminado, todo ello de conformidad con la ley al caso aplicable, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, consideró, pues, que había habido intromisión ilegítima en el derecho al honor de la sociedad demandante y condenó, entre otras cosas, a indemnizarla con nueve mil euros. La Audiencia provincial confirmó tal sentencia, desestimando el recurso del así condenado. El Tribunal Supremo, en esta sentencia de la que nos vamos a ocupar, casa la anterior, dicta nueva sentencia sobre el fondo y absuelve al demandado e impone las costas al demandante, la sgae.

Cualquiera con nociones de derecho español sabe que esta materia del derecho al honor y las intromisiones ilegítimas en él está regulada por la ya mencionada Ley Orgánica 1/1982, que desarrolla el artículo 18.1 de la Constitución. Ya hemos recordado antes que, en lo referido a la intromisión ilegítima en el derecho al honor, el artículo 7.º, apartado siete, define como tal “La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

Se diría que la situación constitucional y legal es tan clara como aquella de antes referida a los delitos contra el honor. En el plano civil regulado por esta LO 1/1982, si una expresión es subsumible en lo que ese apartado siete del artículo 7.º tipifica o dibuja como intromisión ilegítima en el derecho al honor, será intromisión ilegítima en el derecho al honor; si no, no. Y puesto que conceptos como “fama” o “propia estimación” y expresiones como “menoscabo de la fama” o “atentado contra la estimación propia” son altamente indeterminados, y no digamos, la noción de “dignidad”, tales expresiones tendrán que ser interpretadas, y, aun así, quedará siempre un margen de discrecionalidad para los casos más penumbrosos. Sabido es también que la interpretación de tales conceptos está ya muy asentada en la jurisprudencia constitucional y general.

Recordemos que, en lo esencial, en el caso de autos se trataría de ver si hay intromisión ilegítima en el derecho al honor de la sgae por afirmar en forma reiterada que los de esa sociedad son unos “ladrones”. Despejadas otras dudas, como aquella de si tienen honor las personas jurídicas o la de la responsabilidad del administrador de un blog por las expresiones que otros vierten en él, el caso parece sencillo: o esa expresión es subsumible en el concepto de intromisión ilegítima del artículo 7.º de la LO 1/1982, vista la interpretación asentada de sus términos, o no. Si es que sí, procede la condena a indemnizar, a tenor del artículo 9.º, debiendo tenerse en cuenta el daño moral; si es que no, habrá que desestimar la demanda de la sgae.

Lo realmente llamativo de la sentencia es que toma en muy escasa consideración la normativa vigente para el caso, la de la Ley Orgánica 1/1982, así como cualquier problema o doctrina sobre la interpretación de sus términos. Se va a decidir el caso como si la regulación legal del derecho al honor y su protección civil no existiera o no importara nada, pues lo único que se toma en consideración son los preceptos constitucionales, los derechos en su formulación constitucional, y su supuesto peso en el caso concreto, peso establecido, al parecer, por vía de ponderación. ¿Qué se logra así? Una exención de la carga argumentativa, a efectos prácticos. Es mucho más difícil argumentar sobre los porqués de la interpretación elegida para términos como “fama” o “estimación” o “dignidad” o sobre la apreciación de los efectos fácticos de ciertas expresiones o sobre los daños reales acontecidos por ellas, que argumentar sobre cuánto pesan en estas circunstancias el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. ¿Por qué? Porque todos sabemos que los derechos no pesan y que las normas, llámense principios o como se quiera, tampoco. Tendrán los derechos o sus normas distintas propiedades o se les podrán atribuir cualidades diferentes, como importancia, antigüedad, relevancia social, efectos, etc., pero hablar de pesos y ponderaciones como de algo distinto de esas otras cualidades elementales atribuidas, y muchas veces muy discutibles, es una pura metáfora. Ningún problema hay por usar metáforas sabiendo que lo son y con fines de facilitación expresiva, nada hay de reprochable en decir, por ejemplo, el derecho D pesa más que el derecho D', significando que yo o muchos consideramos más importante el primero que el segundo. Pero si un juez razona en una sentencia como si de verdad y objetivamente y de modo comprobable en el caso que se juzga D tiene un peso mayor que D', está dando gato por liebre, está exonerándose del deber de argumentar racionalmente so pretexto de que lo objetivo no necesita de argumentos y basta con mostrar esa su objetividad.

Ciertamente, la sentencia (FJ 8) cita la definición de honor que da el artículo 7.7 de la LO 1/1982, así como algunas consideraciones jurisprudenciales sobre ese concepto, tanto del propio Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional⁷. Pero de ahí, y sin más, se salta a presentar el caso como de un puro conflicto entre derechos constitucionales cuya resolución ha de hacerse ponderando y sin ningún otro condicionamiento: como si la LO 1/1982 no existiera.

Se nos informa que “El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información” (FJ 8). Esta frase, tan típica y habitual, se presta a dos equívocos. El primero, porque, para que la idea fuera completa y congruente, debería ser de este tenor: “El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información, y las libertades de expresión y formación se encuentran limitadas por el derecho al honor”. Al recordar solo lo primero, se prepara retóricamente el terreno para el fallo que vendrá: la absolución del demandado.

El segundo equívoco es por otra omisión poco inocente. Desde el momento en que el derecho al honor ha sido concretado y desarrollado por la LO 1/1982, ya no hay una situación parangonable entre el derecho al honor y la libertad de expresión, como si los dos los mencionara, como derechos fundamentales, el constituyente, pero ninguno hubiera tenido concreción mayor en nuestro sistema jurídico. No es así, puesto que dicha ley orgánica desarrolla un sistema de protección civil⁸ del honor y define, aunque sea con la inevitable indeterminación, qué se entiende por honor. Dado que no ha sido puesta en cuestión la constitucionalidad de dicha ley orgánica, resulta que es la libertad de expresión (y la de información) la que queda limitada por el derecho al honor: es ilícita e inconstitucional toda afectación del derecho al honor que sea subsumible bajo aquella categoría de “intromisión ilegítima” en el derecho al honor. Deberíamos ver este tipo de legislación orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales como parte del bloque de constitucionalidad.

Y hay una razón más para no sucumbir a esa imagen de equiparidad entre derecho al honor y derecho a la libertad de expresión. Mientras que un ejercicio directo e inmediato de la libertad de expresión puede afectar en forma negativa (o positiva, por qué no) al honor de una persona, el derecho al honor es de los que no admiten ejercicio positivo, sino defensivo o por reacción. No cabe ejercer el derecho al honor haciendo con el honor nada que limite el derecho de otro a expresarse libremente, sino que la única manera en que el honor limita esas libertades de expresarse e informar es mediante normas o mediante resoluciones judiciales que restrinjan las expresiones o informaciones posibles, a fin de evitar el daño indebido al honor o de reparar dicho daño cuando ha ocurrido. Eso exactamente es lo que hace el Código Penal con los delitos contra el honor y, en el ámbito civil, la Ley Orgánica 1/1982. Y por eso, por el tipo de derecho que es, susceptible de ejercicio activo y no meramente defensivo, no hace ninguna falta algo así como una ley de libertad de expresión o de protección de la libertad de expresión.

Los derechos de ejercicio directo tienen que ser jurídicamente limitados a fin de que tengan virtualidad real los derechos del otro tipo, los de ejercicio defensivo o pasivo. Porque estos últimos no tienen otra manera de limitar a aquellos. Pongamos otro ejemplo: la libertad

de movimientos o la libertad ambulatoria es un derecho de ejercicio activo, pero la inviolabilidad del domicilio es un derecho de ejercicio pasivo o defensivo. Es decir, un sujeto moviéndose, andando, puede entrar en el domicilio de otro, pero el domicilio de alguien por sí no limita los movimientos de nadie, son las normas que amparan ese derecho las que presentan dicha limitación, sin la cual sería papel mojado el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Imaginemos que hay normativa legal protectora de la inviolabilidad del domicilio, como efectivamente la hay en las normas penales que tipifican el delito de allanamiento de morada⁹, entre otros¹⁰. Y pongamos que cada vez que alguien entra en el domicilio de otro sin su consentimiento o sin cualquier otro amparo legal, dijeran los jueces que hay que ponderar en el caso concreto entre el derecho a la libertad del que entró y el derecho a mantener inviolable su domicilio del otro. ¿Qué diríamos entonces? Uno, que para qué vale, pues, la protección legal del domicilio; y dos, que en qué queda el derecho fundamental si no puede ser protegido con carácter general, sino que hay que ver caso por caso si el derecho del vecino a entrar en la casa de uno pesa más o menos que el derecho de uno para dejarlo fuera e impedir que entre.

Afirmado en la sentencia que el derecho al honor está limitado por las libertades de expresión e información, se pasa de inmediato a la habilitación de la ponderación como vía resolutoria:

“La limitación del derecho al honor por las libertades de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (sssts de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006, 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005, 25 de octubre de 2010, RC n.º 88/2008, 15 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8873), RC n.º 194/2008 y 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8000), RC n.º 1009/2008)” (las *itálicas* son nuestras).

Es muy importante este salto, resulta decisiva esta postura teórica y metodológica. Porque resulta que se busca la ponderación como modo de resolver lo que desde lo legislativo ya está resuelto, resuelto en una ley orgánica que desarrolla la protección de un derecho fundamental de modo plenamente constitucional, sin violentar de modo inconstitucional otros derechos o preceptos constitucionales. Y, así puestas jurídicamente las cosas, resulta que podemos y debemos afirmar que la limitación del derecho al honor por las libertades de expresión e información (¿por qué otras libertades podría ser limitado?, dicho sea de paso) se produce siempre que hay lo que la ley define como “intromisión ilegítima” en el derecho al honor, y para saber si determinadas expresiones constituyen o no tal intromisión ilegítima, hace falta lo de siempre y es ineludible eso de siempre: interpretar la ley que regula esas intromisiones y valorar los hechos y su prueba. Las ponderaciones en tales casos sobran. ¿Por qué? Porque invitan a decidir cada caso como si la ley reguladora del derecho fundamental al honor no existiera y como si la expresión constitucionalmente ilícita por dañosa para el honor no fuera la que la ley caracteriza como tal, sino la que resulte de la libre ponderación de las circunstancias de cada caso. En otras palabras, intromisión ilegítima en el derecho al honor ya no será la que la ley defina como tal, complementada por la jurisprudencia que va asentando la interpretación de los términos legales, sino la que en cada oportunidad los jueces quieran considerar así, encaje o no bajo los términos legales.

Extrememos el razonamiento, para mayor claridad. Supóngase que entre los supuestos de intromisión ilegítima en el derecho al honor la ley de manera expresa tipificara el llamar a alguien “cerdo” o con cualquiera de los sinónimos con que se nombra a ese animal (puerco, cochino, etc.). Y pongamos que nadie duda de la constitucionalidad de esa norma o que, incluso, ha sido explícitamente salvada por el TC al resolver recurso o cuestión. Ahora pongamos al Tribunal Supremo resolviendo el caso en que A llamó a B cerdo ante toda la comunidad de vecinos, siendo las circunstancias que A estaba muy enfadado con B porque éste no pagaba su cuota de la comunidad, porque B nunca saluda a nadie en la escalera y el ascensor y porque B tiene sucísimo y asqueroso el felpudo de delante de su puerta. ¿Qué debe hacer en ese caso el Tribunal Supremo, condenar a A porque patentemente su expresión cae dentro de lo que la ley define como intromisión ilegítima en el derecho al honor o ponderar y mirar a ver qué sale, con la posibilidad de que resulte que la prohibición de llamar cerdo a otro sólo rige si no hay buenas razones constitucionales para decirle que es un cerdo.

¿Qué diferencia hay entre la situación del ejemplo y la que resuelve el Tribunal Supremo en esta sentencia que estamos viendo? Diferencia sustancial, ninguna. Lo único distinto es que en este caso de la sentencia hay mayores problemas interpretativos, pues hay mayor indeterminación en la prohibición de atentar contra la estima de alguien que en la prohibición de llamar cerdo a alguien. Pero, precisamente por eso, el esfuerzo argumentativo requerido en este caso real tiene que ser mucho mayor y tiene que ser un esfuerzo para justificar la interpretación que se elija, no para justificar cuánta razón tiene o deja de tener el que a otro llama ladrón o cerdo.

Acto seguido, la sentencia aclara que “La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión”. En abstracto, se dice, es mayor el peso de la libertad de expresión y de información que el del derecho al honor. Supongo que quiere decir que en abstracto es mayor la importancia de aquellas libertades que la del derecho al honor. La razón está en su función esencial “como garantía para la formación de una opinión pública libre”.

Ese es un tópico ya muy establecido, el del mayor peso de dichas libertades, y, como todos los tópicos, superado el hechizo retórico resulta un tanto discutible. Tampoco hay opinión pública libre donde el honor y la imagen de las personas puede ser desfigurado o menoscabado por un ejercicio de tales libertades llevado con intenciones aviesas. Basta pensar en cuánto de poco libre le queda a la opinión pública cada vez que los medios de comunicación emprenden una campaña de linchamiento sistemático y prejudicial de algún delincuente sexual o de algún líder político poco integrado en el establishment. Va siendo hora, tal vez, de que nuestros altos tribunales mediten sobre si el privilegio de las libertades expresivas no se esté convirtiendo en un instrumento para fines bien opuestos a esos muy nobles de formación de una libre opinión pública. ¿O acaso no se manipula también mediante la palabra y el modo de administrar y presentar las informaciones?

Lo segundo que nos dice el Tribunal Supremo que se debe considerar es que “la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige”. Bien, pero esto nadie lo ha dudado nunca, que se sepa. El problema que debemos resolver, Constitución y ley en mano, no es el

de si está permitido o no criticar a alguien, sino el de si llamar a uno ladrón constituye una crítica, aunque un poco “desabrida” o un epíteto que, por insultante, cae dentro del atentado al honor, se subsume en el concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor y no puede, en consecuencia, recibir amparo bajo el manto de la libertad de expresión.

Hechas tales precisiones, el Tribunal se dispone a ponderar. Mejor dicho, la ponderación ya había empezado, pues uno de sus elementos consiste en determinar el peso en abstracto de los derechos en pugna, y quedó dicho que lo tiene mayor la libertad de expresión. El segundo paso será el de “valorar [...] el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión”. ¿Atendiendo a qué? En primer lugar, a “si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general o notoriedad y proyección pública”. ¿La tiene? Hace un magnífico regate el Alto Tribunal, pues afirma que, en el caso de autos y en los hechos enjuiciados, “la crítica se proyecta sobre aspectos de indudable interés público, al recaer sobre una sociedad privada española, reconocida legalmente, como de gestión colectiva de los derechos de autor de sus socios, que gestiona el cobro y distribución de los derechos de autor y respecto a la cual, a la fecha de emisión de las expresiones controvertidas, eran numerosos las [sic] publicaciones editoriales que reflejaban el malestar social que generaba el cobro de un canon por copia para uso privado”. Claro que sí, esta es una magnífica justificación de por qué se ha de poder criticar a la Sociedad General de Autores y Editores –sgae– o de por qué se tiene que poder criticar al Gobierno o hasta a los mismos jueces, o al Rey, cómo no. Pero lo que en el juicio se ventila no es si resulta constitucionalmente legítimo criticar, y nadie ha demandado por considerar que una crítica dañe su honor, tampoco la sgae. ¿Entonces de qué hablamos y de qué trata el caso? De si atenta o no contra el honor llamar ladrón a alguien, en este caso a la sgae. Volviendo a aquel elemental ejemplo de antes que nos servía para comparar, es como si alguien escribe en los periódicos que yo soy un cerdo, yo digo que se ha dañado mi honor y un juez me responde que qué mal tomo las críticas y que cómo vamos a tener opinión pública libre si no se puede criticar ni un poco. Criticar sí, pero me dijeron cerdo. No es lo mismo.

Claro que el derecho al honor no puede entenderse como mermado por la crítica, pero si consideramos que llamar a alguien ladrón es mera crítica y no un insulto atentatorio contra la ajena consideración y la estima propia, hay que argumentarlo en condiciones, no darlo por sentado de mano resolviendo el caso como si caso no hubiera.

Lo segundo es que para ponderar el peso relativo de los derechos en liza, se ha de mirar, según el Tribunal, es si la información transmitida es veraz, tal como para la transmisión libre de información requiere el artículo 20 CE. Al respecto se concluye que “El requisito de la veracidad no parece en el caso examinado relevante para el resultado de la ponderación que debe efectuarse”, no estamos ante un caso de ejercicio de la libertad de informar, sino ante uno de emisión de opiniones personales, un asunto de libertad de expresión nada más. Excelente, pero ¿si no viene a cuento por qué se trae? ¿Por qué se pone en la balanza de ponderar un derecho que no cuenta y un requisito que no toca?

Tercero, y dentro de lo que al ponderar en concreto debe considerarse, “la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella”.

Acabáramos. Acabamos donde siempre, en una cuestión de subsunción. Si es un insulto, no hay nada que pesar, el insulto atenta contra el derecho al honor. ¿Será que el insulto entra de lleno, en el núcleo de significado, en la definición que de intromisión ilegítima en el derecho al honor da el artículo 7.º de la Ley Orgánica 1/1982? Será, pero no se dice así, ya que andamos ponderando y no perdiendo el tiempo con leyes. Pero, si ponderamos de verdad, ¿no deberíamos concluir que un insulto pequeñito pesa menos que un insulto grandísimo y que al reprimir al que insulta nada más que un poco se le hace mayor gasto a la libertad de expresión que al tener por ilegítimo el insulto brutal?

Como quiera que sea, estábamos con que el demandado llamó “ladrones” a los de la sgae y eso parece un insulto. Así que tendrá razón la sociedad demandante y saldrá así en la ponderación, subsunción o lo que sea. Pues no. Porque se nos aclara que “Las expresiones utilizadas son de cierta gravedad, pero este factor no es suficiente en el caso examinado para invertir el carácter prevalente que la libertad de expresión ostenta. Las expresiones que resalta la demanda están en relación directa o indirecta con los hechos denunciados y se producen en una situación de conflicto, con trascendencia pública, de tal manera que la valoración jurídica no puede hacerse al margen del contexto social en que se produce, destacando que los términos empleados y recogidos en la página web controvertida, coinciden con la críticas sociales que en ese momento existían en relación al comportamiento mercantil de la entidad demandante”.

Entonces, una de dos: o llamar a alguien ladrón no es insultar, o es falso aquello tan repetido de que la libertad de expresión no ampara el derecho a insultar. Y, en todo caso, ¿estamos ponderando algo? No, estamos subsumiendo, pues subsuntivo del todo es el razonamiento que tiene su clave en la calificación de los hechos. Se nos viene a decir que no es insultar a los de la sgae llamarlos ladrones porque ya todo el mundo los estaba poniendo de vuelta y media y porque, además, parece que lo son. Fijémonos en la última frase de la parte de motivación de esta sentencia: “En conclusión, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, las críticas controvertidas sobre el modo de actuar de la sgae, fueron recogidas por diversos medios de comunicación, y existen en la actualidad procedimientos abiertos contra directivos de la entidad por lo que tenían un fondo de realidad que debe conocer la opinión pública, es lo que hace que en el presente caso deba prevalecer el derecho fundamental a la libertad expresión”.

Esto último es bastante llamativo, ya que, primero, no sé si, en boca de unos magistrados, queda muy acorde con la presunción de inocencia; segundo, porque se usan datos posteriores para juzgar la licitud de epítetos pronunciados antes. Es decir, parece que llamar ladrona a la sgae no atenta contra su honor porque un tiempo después algunos de sus directivos fueron procesados por delitos patrimoniales relacionados con la gestión de esa sociedad.

La conclusión de la ponderación quedó así: “esta Sala considera que los términos empleados pudieran resultar literal y aisladamente inadecuados, pero al ser puestos en relación con la información difundida y con el contexto en el que se producen, de crítica a la actividad desarrollada por una entidad, hacen que proceda declarar la prevalencia del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor del demandante”. Ya se había advertido un poco antes que “de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje

adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el art. 2.1 lpdh se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección del derecho al honor)”.

Sébase pues y tomemos nota. Llámame a mí, por ejemplo, cerdo malnacido parece insultarme y ser un atentado ilegítimo contra mi honor. Ahora bien, si se me dice tal en el contexto de una crítica generalizada porque ando sucio y porque soy muy zafio, entonces gana la libertad de expresión. Esas son las ventajas de la ponderación: que con ella el juzgador no queda atado a nada, tampoco a la letra de ninguna ley ni a interpretaciones establecidas ni a doctrinas asentadas ni a precedentes vinculantes ni a nada. Se construye el caso como de conflicto de derechos y se pondera mirando los detalles del caso y tal como si en el sistema jurídico no hubiera más normas ni trabas ni necesidad de saber a qué atenerse.

Dos observaciones finales quisiera hacer al hilo de esta sentencia. La primera, que no discrepo del contenido del fallo, sino de la fundamentación, pues me parece que el recurso fácil a la ponderación, y más sin seguir siquiera los pasos de la receta metodológica de Alexy y compañía, implica un alarmante descenso en la exigencia de rigor, congruencia y exhaustividad de la argumentación, amén de alejar en forma considerable la impresión de que las decisiones judiciales correspondientes se basen en el derecho y no en el libérrimo gusto o el interés del juzgador.

La segunda observación es de cierto calado y apunta al que podría ser tema para una investigación extensa y rigurosa. La fiebre ponderativa viene de los tribunales constitucionales y tiene de seguro su explicación en el deseo de sus magistrados para aumentar el alcance de su competencia y revestirse de una facultad revisora de cualquier tipo de sentencias y por todo tipo de razones. En España, durante algunas décadas el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores no ponderaban, sino que se mantenían fieles al viejo estilo interpretativo-subsuntivo y, con mayor o menor esmero, argumentaban sobre valoraciones de pruebas e interpretaciones de normas, de todo tipo de normas que vinieran al caso, fueran constitucionales, legales o reglamentarias. Mas el Tribunal Constitucional vio ahí un nuevo pretexto y se dedicó a anular sentencias con el argumento de que al no ponderar los derechos en litigio se vulneraban esos derechos en las sentencias, pues sin ponderar no podía la jurisdicción ordinaria calar en el verdadero contenido constitucional que para cada caso presentaban las normas iusfundamentales. En un tercer paso, relativamente reciente y del que esta sentencia que hemos visto es buena muestra, el Tribunal Supremo, al menos él, ha aprendido la lección: si es por ponderar, ponderamos, no hay problema. Sólo hace falta cambiar el modo de argumentar y bajar el nivel de exigencia técnica en la motivación de las sentencias. En vez de extenderse en disquisiciones interpretativas y apreciaciones sobre precedentes a propósito de qué querrá decir la expresión “honor” en la Constitución o qué significado tendrán “fama” o “estimación” en la ley, peso y digo que hay que ver el caso y argumentar sobre las circunstancias del caso. Argumentar una decisión personal y muy libre como si estuviera amarrada a los resultados objetivos de un pesaje con una balanza.

En cuanto se capta el truco, sólo hace falta entrenar un poco más y echarle alegría. En realidad es menos trabajo y, para colmo de dicha, ya no es tan fácil que el Tribunal Constitucional te “case” las sentencias por no ponderar como él.

No faltará mucho tiempo para que el Tribunal Constitucional renuncie al método ponderativo a fin de recuperar su dominio frente a estos tribunales ordinarios que ya han aprendido lo fácil que es ponderar. Antes de una década veremos sentencias del Constitucional en las que se argumentará que el mero ponderar derechos, sin argumentos sobre interpretaciones y sin cuidado de las leyes y de la seguridad jurídica, es atentado contra el debido proceso del artículo 24 CE y contra la igualdad en la aplicación del derecho del artículo 14 CE e incumplimiento del deber de motivar conforme a derecho del artículo 120 CE. Al tiempo.

* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León. Ha sido becario del Deutscher Akademischer Austausch Dienst –daad–, autor de los libros Teorías de la tónica jurídica (Madrid, 1988), Hans Kelsen y la norma fundamental (Madrid, 1996), La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann (Bogotá, 1997), Escritos sobre filosofía del derecho (Bogotá, 1999), La Lista de Schindler. Abismos que el derecho difícilmente alcanza (Valencia, 2003), Ensayos de filosofía jurídica (Bogotá, 2003), Delito político. Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007 (Bogotá, 2007), El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica (Bogotá, 2010), Un debate sobre ponderación (Perú, 2012, junto con Manuel Atienza), Iusmoralismo(s) (Perú, 2014) y de más de un centenar de artículos. Mantiene, desde 2005, el blog Dura lex, de temática jurídica, política y social, e-mail [jagara@unileon.es].

Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas issn 2346-0377

vol. V, n.º 10, julio-diciembre 2014, Juan Antonio García Amado pp. 7 a 46

1 BOE, n.º 245, 10 de octubre de 2008.

2 Vid. artículos CP 208-210, 505.2, 578, 490.3, 491.1, 496, 504.2, 504.1...

3 Artículo 20 CP: “Están exentos de responsabilidad criminal [...] 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

“El ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico autoriza a realizar una conducta en principio típica –que realiza la parte positiva del tipo– y por tanto la justifica. A los efectos que aquí interesan es irrelevante si se trata de un derecho subjetivo, de una potestad o de una simple facultad (sin que sea preciso entrar en las arduas discusiones sobre caracterización y delimitación de tales figuras), pues basta que el ciudadano tenga jurídicamente reconocido un poder para realizar la conducta. Ahora bien, aquí no basta con remitirse simplemente al ámbito de lo no regulado o prohibido, o sea, al principio de que todo lo no prohibido

está permitido, puesto que la conducta encaja en un tipo penal y por tanto en principio está prohibida; por consiguiente, para la justificación es preciso un derecho de actuación jurídicamente reconocido. La norma que concede o reconoce el derecho puede estar en la legislación (leyes y reglamentos de derecho interno, derecho comunitario europeo), en tratados incorporados al derecho interno o en normas de derecho de gentes, pero también, aunque excepcionalmente, en el derecho consuetudinario o incluso en principios generales del derecho (en estos dos últimos supuestos pueden derivarse p. ej., casos de riesgo permitido, de adecuación social y jurídica o de inexigibilidad jurídica general, que en definitiva se pueden reconducir a ejercicio de derechos)". Diego-Manuel Luzón Peña. Lecciones de derecho penal. Parte general, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 438).

4 Un motivo de que no siempre ponderen puede estar en la torpeza de muchos abogados, que todavía no le han cogido el tranquillo al principalismo y la ponderación. En el actual contexto teórico y jurisprudencial, todo abogado hábil que defienda un caso en el que lleva las de perder, debería buscar un derecho fundamental o un principio que justifique la conducta abiertamente ilegal de su cliente, obligando así al tribunal a ponderar ese derecho fundamental del infractor de la ley y a ver si dicho derecho "compensa" la infracción.

5 De esto es bien consciente el propio Tribunal Constitucional aquí: "No se trata, por tanto, de hacer un juicio constitucional sobre la aplicación del tipo penal de injurias a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal (stc 39/2005, de 28 de febrero [rtc 2005, 39], F. 4). Si este Tribunal apreciase una infracción del artículo 28.1 CE, en relación con el contenido del artículo 20.1 a) y d) CE invocados en la demanda, no sería por la conculcación de lo dispuesto en el artículo 620.2, en relación con el artículo 208, ambos del Código Penal, sólo relevante, en su caso, a los efectos del artículo 25.1 CE, sino por la aplicación de estos tipos penales en contra del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad sindical y a las libertades de expresión e información".

6 Pensemos en el activista de los derechos de los animales que va quemando deliberadamente cada abrigo de piel con el que se cruza por la calle.

7 "El artículo 7.7 lpdh define el derecho al honor en un sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Según reiterada jurisprudencia (ssts de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782) y 1 de junio de 2010) '... es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción –inmanencia– como en un aspecto externo de valoración social –trascendencia–, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la minusvaloración actual de tal derecho de la personalidad'.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (sstc 180/1999, de 11 de octubre (rtc 1999, 180), FJ 4, 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5 y 51/2008, de 14 de abril, FJ 3) el honor constituye un 'concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento'. Este Tribunal ha definido su contenido afirmando que este derecho protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (stc 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (stc 216/2006, de 3 de julio, FJ 7)".

8 La protección penal ya la brindan los delitos contra el honor en el Código Penal español.

9 Vid. artículos 202 a 204 del Código Penal.

10 Vid., por ejemplo, artículo 534 del Código Penal.