

**EL «DERECHO» A LA INFORMACION MENDAZ (ALGUNAS
CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA LIBERTAD DE
INFORMACION).**

J. VILAS NOGUEIRA

Profesor de Ciencia Política
Universidad de Santiago de Compostela

EL «DERECHO» A LA INFORMACION MENDAZ (ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA LIBERTAD DE INFORMACION)

POR

J. VILAS NOGUEIRA

Profesor de Ciencia Política
Universidad de Santiago de Compostela

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCION DE LAS LIBERTADES INDIVIDUALES

Se ha sostenido que «el Tribunal Constitucional como 'intérprete supremo de la Constitución', es revestido de una amplia y hasta heterogénea suerte de funciones entre las que la protección de las libertades públicas no suele ocupar un lugar primordial ni es, tampoco, la razón de ser de la creación de este órgano. El Tribunal Constitucional es, fundamentalmente, un juez de la corrección de la actuación del legislativo y hasta un árbitro de la actuación de los poderes constitucionales, pero su actuación en materia de protección de libertades públicas es, a todas luces, subsidiaria, aneja y ajena a su labor fundamental» (EMBED, 1981, 905-6).

Esta opinión sobre la relación del Tribunal Constitucional con su función de protección de las libertades públicas, por la vía del recurso de amparo, se corresponde con la teoría general que atribuye a tal tipo de instituciones como funciones prevalentes las enumeradas. Aún con esa referencia, declarar como función «aneja y ajena» a la labor fundamental del Tribunal la de protección de las libertades públicas, parece excesivamente tajante. En todo caso, esa configuración no encuentra base positiva en nuestro ordenamiento. El artículo 161 C.E. (Constitución española) que especifica las funciones del T.C. (Tribunal Constitucional) incluye el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades junto con las otras competencias, sin establecer ninguna jerarquización entre ellas. En la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), se define a este órgano,

efectivamente, como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1), pero este calificativo no excluye su referencia a la protección de las libertades individuales. Máxime, dado que la variedad y heterogeneidad de las funciones que la C.E. atribuye al T.C. es todavía susceptible de ampliación, ya que la enumeración de sus competencias termina con una cláusula abierta: «las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas» (art. 161.1.d) C.E.), reiterada por el art. 2.1.h) LOTC, sistema que encuentra precedente en la Ley Fundamental de Bonn: «la Corte constitucional federal actuará asimismo en los demás casos que le fueran conferidos por ley federal» (art. 93.2, cito por ESTEBAN, 1979, II, 187).

Si se quiere encontrar una base positiva de jerarquización de las funciones del TC, habrá que acudir a la distribución de competencias entre el Pleno y las Salas del Tribunal (arts. 10 y 11 LOTC) y a los diferentes procedimientos contemplados en los Títulos II a VI LOTC. Ello no excluye que la función de amparo ofrezca singularidades respecto de la declaración de inconstitucionalidad o de la resolución de conflictos constitucionales, pues «lo que no se requiere en el amparo es que esos actos sean lícitos (formal y materialmente), con lo que, al controlarse cualquier tipo de actos de la autoridad, ya sean lícitos o ilícitos, la institución del amparo rebasa los límites estrictos del control de constitucionalidad, al menos técnicamente, para entrar en el campo de la defensa de la Constitución, sin que tampoco exactamente sea éste el suyo, pues el amparo, más que una institución de defensa de la Constitución lo es de defensa de los derechos de los particulares constitucionalmente consagrados» (ARAGON, 1979, 176-7).

En todo caso, la jurisprudencia del TC ha insistido en la vinculación entre derechos fundamentales y elementos objetivos del ordenamiento. Así, el TC, Sentencia 25/1981 declaró que los derechos fundamentales resultan ser «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional». En sentencias posteriores, el TC reiteró el destacado interés público que se halla en la base de los derechos fundamentales. Y últimamente, TC, Sentencia 159/1986, de 12 de diciembre, Fundamento jurídico 6) señala que «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, *resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como 'fundamento del orden político y de la paz social'*» (Subrayo yo, JVN).

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION

Si esto es así, en referencia a las libertades en general, encuentra todavía un plus con referencia a las libertades de expresión e información,

y en general todas las del art. 20 C.E., ya que este artículo «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (TC, Sentencia 6/1981, de 16 de marzo), reiterada últimamente por TC, Sentencia 104/1986, de 31 de marzo, Fundamento Jurídico 5) que concluye que esta circunstancia «otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales».

3. EL «DERECHO» A LA INFORMACION MENDAZ

El art. 20.1.d), inciso primero, C.E., reconoce y protege el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». El TC, Sentencias 105/1983, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 11, 13/1985, de 31 de enero, fundamento jurídico 2, y últimamente 168/1986, de 22 de diciembre, fundamento jurídico 2, ha insistido en la individualización de los derechos del apartado a) y del apartado d) del art. 20.1. C.E., y en la particular relevancia del elemento de garantía objetiva del derecho a la información: «el texto del art. 20.1.d), de la Constitución, distinto del que se refiere a la difusión de pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a), reconoce dos derechos, íntimamente conectados, que en aras del interés de todos en conocer los hechos de actualidad que puedan tener trascendencia pública se concretan en la libre comunicación y recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de este derecho no son sólo los titulares del (...) medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aun sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, promordialmente, 'la colectividad y cada uno de sus miembros'». Al incluir estos derechos en el art. 20, la Constitución tiene en cuenta ciertamente la posición jurídica subjetiva de quienes comunican la información, pero protege también, con la garantía reforzada que otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos (TC, Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 2).

Mi tesis es que este elemento de garantía de la libertad de comunicar y recibir información que, como se ha visto el propio TC considera supuesto inexcusable del gobierno representativo y del principio de legitimidad democrática (TC, Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, citada) enerva el requisito de la veracidad de la información, que podría tener algún sentido desde la exclusiva perspectiva del derecho subjetivo, convirtiéndolo en un enunciado vacío (afortunadamente). Con arreglo a los principios democráticos,

la veracidad no condiciona, en general, la comunicación o difusión de información, sino que, en términos generales puede ser un elemento justificativo que enerve la tipificación como ilícitas de aquellas actividades informativas que pueden lesionar otros bienes jurídicos protegidos como el honor, la intimidad, la imagen personal y la protección de la juventud y la infancia. Como dice el propio TC «es claro que cuando el acusado en un proceso alega como causa de justificación de su conducta el haber obrado 'en el ejercicio legítimo de un derecho'» (art. 8.11 del Código Penal) lo que trata de justificar es la lesión de otro bien jurídico (TC, Sentencia 104/1986, de 31 de marzo, Fundamento Jurídico 6). Volviendo a la cuestión central, lo que realmente condiciona la libertad de información en el art. 20.1.d) C.E. es la concurrencia informativa, no la veracidad. Es más, podría sentarse que ambas exigencias, en la mayor parte de los casos, son antitéticas.

Por otra parte, tal subordinación en general de la libertad de información al requisito de la veracidad es de notable ingenuidad. Un ciudadano tan respetable como un Rector de la Sorbona enfatizaba no hace mucho sobre la pertinencia del viejo adagio *non turpe est mentiri in publicis rebus gerundis* (POLIN, 1982). E independientemente de posiciones antropológicas pesimistas, sujetos no menos respetables se hacen eco de la relatividad de la diferenciación entre opiniones y comunicaciones de hechos: «bajo la expresión 'opiniones' (...) solo se comprenden, según una doctrina aún dominante, los juicios, es decir, las posiciones de contenido valorativo, no las simples comunicaciones de hechos. Sin embargo, esto no es completamente claro, porque no existen, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, meras comunicaciones de hechos sin contenido valorativo, especialmente cuando se trata de sucesos en los cuales la audiencia está interesada: cuando se trata de sucesos coetáneos. Toda 'mera comunicación de hechos' contiene siempre una toma de posición sobre las fuentes de información y un juicio valorativo que consiste en declarar que los hechos han ocurrido así y no de otra manera» (STEIN, 1973, 128). En efecto, la mera selección de los hechos y su forma de presentarlos están inevitablemente presididos por apreciaciones y preferencias subjetivas que comportan una particular valoración, con lo que la frontera entre la noticia y la opinión deja frecuentemente de estar claramente definida. «Precisamente porque el Estado democrático no se funda sobre un dogma, sino sobre el pluralismo y el derecho a la libre búsqueda de *la Verdad*, ésta, como categoría metafísica, no puede ser límite del derecho a la información» (Alfonso FERNANDEZ-MIRANDA, 1984, 531).

La ingenuidad del legislador constitucional, al subordinar en general al requisito de la veracidad la libertad de información, ha sido reiterada por declaraciones no muy afortunadas en su literalidad del TC respecto de la relación entre operadores judiciales y principio de veracidad. Pero más allá de esa literalidad, el reconocimiento de la necesidad de garantizar la concurrencia informativa, ha llevado al TC a minimizar, correctamente, el alcance del requisito de veracidad. Concurren, así, en una sola sentencia,

fundamentaciones jurídicas respetuosas de la literalidad del art. 20.1.d) CE, y fundamentaciones jurídicas que, omitiendo la referencia a la cuestión de la veracidad, insisten en el principio de concurrencia informativa. Pero el fallo se corresponde con estas últimas y no con las primeras. Por ejemplo: «el derecho a recibir una información veraz es (...) un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades (...). Por ello, resultan menoscabados los derechos reconocidos en el artículo 20.1.d) de la Constitución tanto si se impide comunicar o recibir una información veraz como si se difunde, se impone o se ampara la transmisión de noticias que no responden a la verdad, siempre que ello suponga cercenar el derecho de la colectividad a recibir, sin restricciones o deformaciones, aquéllas que sean veraces» (TC, Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 2). En cambio, en evidencia de la no percepción por el TC de la problematicidad de la asociación entre principio de veracidad y principio de concurrencia informativas, dice la misma sentencia, poco más adelante: «el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición necesaria a su vez para el recto ejercicio de todos los demás derechos en que se fundamenta el sistema político democrático» (TC, Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 3).

Pues bien, desde el concepto aristotélico de verdad, que parece inspirar al TC («información que (...) se adecúa a la realidad de lo acontecido», TC, Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 5) es de lógica que dos versiones diferentes no pueden ser las dos veraces; si una es veraz la otra no puede serlo; si acaso ninguna de las dos será enteramente veraz, pero frecuentemente una lo será algo más que otra («se adecuará más a la realidad de lo acontecido»). Si tal construcción resulta lógica y útil para determinar los efectos jurídicos que puedan derivar de una información, en cambio resulta contradictoria con los principios democráticos si se pretende aplicarla no a la determinación de aquellos efectos, sino al momento anterior del ejercicio concreto del derecho de comunicar o recibir información, supuesto inexcusable de la asociación de consecuencias jurídicas a esa información.

Podemos ejemplificar esta tesis por la referencia a la LO 2/1984 (Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación). La *ratio legis* de la LO 2/1984 parece ser la protección del derecho al honor frente al ejercicio del derecho de información, mediante un procedimiento «interdictal». En consecuencia, adelantando conclusiones, en mi opinión el derecho que articula la LO 2/1984, es un derecho de «réplica», que no de rectificación, pese a la denominación del legislador, que ha de conectarse, por tanto, no con el requisito de veracidad del art. 20.1.d) C.E., sino con el 20.4 en cuanto el derecho al honor es un límite a la libertad de información, derecho que se protege aquí provisionalmente, como en todo procedimiento

«interdictal», mediante el aseguramiento de la concurrencia de versiones diferentes. Sólo en un procedimiento ulterior se podrán determinar las consecuencias jurídicas de las informaciones (y en ese procedimiento es donde jugará el elemento de veracidad, por ejemplo como causa justificativa de una lesión al honor ajeno, o en caso de mendacidad como origen de responsabilidad civil o criminal, según los casos). Quiero decir, por tanto, que, en mi opinión, el elemento de veracidad o no de una información sólo es pertinente en un conflicto jurídico concreto, cualquiera que sea, no como condicionante general del derecho de información; todo lo contrario que sucede con el elemento de concurrencia informativa, que opera en términos generales, independientemente de su referencia (que también puede darse, claro es) a un conflicto jurídico concreto.

El TC falla de acuerdo, más o menos, con esta construcción, pero vinculado por la literalidad del art. 20.1.d) C.E. y renuente a plantearse la problematicidad de la coexistencia entre veracidad y concurrencia informativas, mantiene en sus razonamientos la referencia a la veracidad, lo que conduce a razonamientos un tanto ambiguos. Así dice el TC que si la sentencia en el procedimiento de la LO 2/1984 «hubiera ordenado la publicación de una información o relato fáctico cuya falsedad o inexactitud le constara al órgano judicial o fuera manifiesta» se habría producido infracción del artículo 2.1.d) C.E., «o, con mayor razón, si el Tribunal hubiera impuesto a los responsables del medio de comunicación afectado la obligación de desdecirse o negar la veracidad de la versión de los hechos inicialmente publicada, sin haber contrastado previamente su falta de veracidad o inexactitud, o bien (...) si hubiese otorgado carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien solicita la rectificación, sin haber procedido a una previa y adecuada investigación de la verdad» (TC, Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 3).

Declaraciones en este estilo parecen estar subtendidas por una inadecuada comprensión de la relación, como dijimos antes, entre operadores judiciales y principio de veracidad. La misión de los jueces no es pronunciarse sobre la veracidad o mendacidad de informaciones o cualquiera otros hechos; es resolver un conflicto entre pretensiones jurídicas contrapuestas. Claro, para la resolución de este conflicto es preciso establecer «hechos probados» y deducir juicios de veracidad; de consiguiente, puede parecer que es lo mismo. Pero no lo es; el juicio de veracidad deducido por el operador judicial está constreñido por determinadas reglas procesales (diferentes según los tipos de proceso) y su valor y eficacia se halla, obviamente, limitado al plano de la resolución del conflicto jurídico. Digo esto, a propósito de la hipótesis contenida en el precedente razonamiento del TC de que al Juez que resuelve sobre una demanda de «rectificación» le conste la falsedad o inexactitud de la información o relato fáctico que se pretenda publicar. Le conste, ¿cómo? ¿Por elementos ajenos al procedimiento de la LO 2/1984? Desde luego, legalmente es posible: «el Juez, de oficio y sin audiencia del demandado, dictará auto no admitiendo a trámite

la demanda si (...) estima la rectificación manifiestamente improcedente» (art. 5, párrafo 2.º LO 2/1984). La Ley no excluye que ese juicio de improcedencia de la demanda pueda fundarse en la constancia de la falsedad o inexactitud de la información «de rectificación». Pero creo que un Juez prudente sólo en casos extremos, más frecuentes como hipótesis de escuela que en la realidad, decretará la no admisión de la demanda por tal motivo. Más bien parece que esta facultad se concretará en la práctica al control de lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 2 LO 2/1984: «la rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar».

¿Puede el Juez adquirir constancia de la falsedad o inexactitud de la información de «rectificación» en el juicio verbal que regula la LO 2/1984? Pues también sólo en casos extremos, dada la sumariedad del procedimiento, en particular la limitación de la prueba («sólo se admitirán las pruebas que, siendo pertinentes, puedan practicarse en el acto», art. 6,b) y la extrema brevedad del plazo para dictar sentencia («la sentencia se dictará en el mismo o al siguiente día del juicio», art. 6,c) LO 2/1984). Sólo una información muy groseramente mendaz puede ser excluida del derecho de publicación, habida cuenta del juego concertado del principio de concurrencia informativa y de la protección «interdictal» del derecho al honor. Por eso puede decir el TC que la decisión de instancia que ordena la publicación de la sedicente «rectificación» no impone al medio de comunicación afectado la obligación de desdecirse o negar la veracidad de la versión de los hechos inicialmente publicada ni implica otorgar carta de autenticidad a la versión «rectificadora». Se trata de un derecho de réplica, no de rectificación.

Por eso, si se abstrae la perturbadora referencia a la veracidad del art. 20.1.d) C.E. no hay en este momento conflicto entre el derecho que consagra ese artículo y el del 18.1 C.E. No se trata de que «el conflicto entre ambos derechos fundamentales no puede resolverse otorgando prevalencia al proclamado en el art. 19.1 de la Constitución, sino que se impone siempre una ponderación entre uno y otro» (TC, Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 3). En otras palabras, pese a la literalidad del art. 20.1.d) C.E. la mendacidad informativa no constituye, por sí sola, un ilícito; la veracidad informativa, por lo menos en régimen democrático no es un bien jurídicamente protegido. Lo que ocurre es que la libertad de información puede concretarse en hechos atentarios a otros bienes jurídicos protegidos, y en algunos de estos casos la mendacidad forma parte integrante del tipo de ilícito penal, y en otros la veracidad es causa de justificación que enerva la ilicitud civil o penal.

Naturalmente, para ello, «el ordenamiento jurídico establece las acciones penales y civiles y los procedimientos necesarios para investigar la verdad de los hechos publicados o difundidos, así como para obtener la debida reparación de los perjuicios causados por informaciones inexactas o falsas; acciones y procedimientos que los interesados pueden ejercitar en cualquier caso y de los que ha de resultar, *también en beneficio de la*

colectividad (subrayo yo, JVN) la determinación de los hechos como ciertos o inciertos, con los efectos de la cosa juzgada» (TC, Sentencia 168/1986, 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 4). Pues bien, para terminar, conforme al razonamiento expuesto, en mi opinión, no hay aquí ningún interés de la colectividad, salvo el muy genérico, presente en todo caso, de que se cumpla el ordenamiento. La colectividad está interesada en la concurrencia informativa, no en la veracidad, que en la mayor parte de los casos, es un juicio que se establece desde una perspectiva parcial.

OBRAS CITADAS:

- ARAGON (Manuel), «El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7. Madrid, enero-febrero 1979.
- EMBIU Irujo (Antonio), «El Tribunal constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», en Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, Volumen I. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- ESTEBAN (Jorge de), ed., *Constituciones españolas y extranjeras* (2 vols.). 2.ª ed. Madrid, Taurus, 1979.
- FERNANDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR (Alfonso), «Libertad de expresión y derecho de la información», en Oscar Alzága Villaamil, ed., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado/Eds. de Derecho Reunidas, T. II, 1984.
- POLIN (Raymond), «Non turpe est mentiri in publicis rebus gerundis», en Maurice Cranston y Peter Mair, eds., *Langage et politique. Language and Politics*. Bruxelles, Bruylant, 1982.
- STEIN (Ekkehart), *Derecho político*. Trad. Sainz Moreno. Madrid, Aguilar, 1973.