



Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales (especial referencia a la problemática del delito de apología del terrorismo)

María Viviana Caruso Fontán

Universidad de Valladolid

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

SUMARIO: No cabe duda alguna de la importancia que reviste la libertad de expresión en una democracia en cuanto que posibilita la existencia de la opinión pública. Mediante este trabajo nos propusimos realizar un análisis de los distintos sistemas legislativos en relación a la colisión entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, como el honor o la intimidad. Del mismo se desprende que, mientras el derecho americano indica una clara voluntad de otorgar prioridad a la libertad de expresión sobre otros derechos de la personalidad, nuestro país se acerca más al sistema alemán, donde se considera que la ponderación, es decir, el análisis detallado de cada caso, representa la mejor opción. Sentadas estas premisas, nuestra tarea consistirá en decidir cómo debe ser la instrumentación de este sistema para evitar una ilimitada discrecionalidad por parte del juez.

PALABRAS CLAVE: Libertad de expresión. Honor. Intimidad. Preferencia. Apología.

SUMMARY: There is no doubt about the importance that has the freedom of expression in a democracy insofar as it makes possible the existence of the public opinion. The purpose of this work is to analyze the different legislative systems regarding the clash of the fundamental freedom of expression with other rights like reputation or privacy. Whereas the American law has a clear intention of giving preference to the freedom of expression over other rights of the personality, our country is closer to the German system where it is considered that the best option is to ponder, that is to say, to analyse in detail each case. That is why our task will be to decide how should be the instrumentation of this system to avoid a limitless discretionary power on the part of the judge

KEYWORDS: Freedom of expression. Reputation. Privacy. Privilege. Apology.

La relevancia de la libertad de expresión en el desarrollo de una sociedad democrática esta fuera de toda duda. Ahora bien, esta afirmación no excluye la posible colisión con otras garantías y derechos del individuo. De ahí en mas podremos plantearnos si la decisión acerca del límite para cada una de estas garantías será tarea del legislador o del juez, así como también la posible prioridad de la cual pueda gozar alguna de ellas. Dada la innegable importancia de la influencia de los medios de comunicación en la sociedad actual, este es un tema que goza de una constante actualidad y que justifica su constante revisión doctrinal. A través de este trabajo nos proponemos realizar el análisis de distintos sistemas legislativos, lo que nos permita extraer conclusiones de sus beneficios y posibles problemas.

1. La legislación norteamericana. ¿Posición preferente de la libertad de expresión?

El Derecho norteamericano cuenta con una extensa historia en esta materia, cuyo análisis se dificulta por las marcadas diferencias de organización política y judicial con nuestro país. La Constitución norteamericana en la Primera Enmienda garantiza: «*Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or the press*» (El Congreso no hará ninguna Ley limitando la libertad de expresión o de prensa). La aplicación de esta norma que de por sí llama la atención por su contundencia no tuvo en los primeros tiempos la extensión que podría esperarse. Originalmente fue considerada aplicable solamente mediante los órganos federales, quedando los estados ligados al cumplimiento de sus respectivas Constituciones, además

de lo cual el Tribunal Supremo Federal no dió apenas efectividad a la norma planteada.

Tanto doctrina como jurisprudencia han asumido que las dos grandes excepciones a la Primera Enmienda de la Constitución son la Ley de Libelos y la Ley de Privacidad. Al respecto ha sostenido la doctrina, que ambas tienen en común el hecho de que se trata de temas cuyo interés tiene un carácter más individual y privado que social o público. En ambos casos el daño será individual y afectará a los aspectos más íntimos de la vida de una persona. No obstante el desarrollo de ambas ha sido dispar¹.

1.1. Primera Enmienda y Difamación

En el caso de la Ley de Libelos el objetivo ha estado determinado por el deseo de proteger a los gobernantes de críticas y a los ciudadanos de ofensas a su honor, lo cual dió lugar al establecimiento de un sistema de responsabilidad estricta (*strict liability*). A través de este sistema se presumía la existencia de daños a no ser que el demandado probara la verdad de las afirmaciones o adujera la existencia de un privilegio. El establecimiento de una responsabilidad de estas características se creía fundamentado en la dificultad de la prueba de la injuria, la cual casi con seguridad provocaría un daño al demandante². Así se entendía que como el estado tiene un interés legítimo en reivindicar la reputación de sus ciudadanos, la imposición de un sistema de responsabilidad estricta resultaba compatible con la Constitución³.

A partir de 1925 con el caso *Giltow vs. New York*, el Tribunal Supremo consideró que la cláusula contenida en la Primera Enmienda resultaba también aplicable a los Estados⁴. Pero fue en la época del Tribunal Warren (1953-

1969) cuando se amplia considerablemente la protección de la libertad de expresión y en general la de los demás derechos fundamentales. Bajo la tradicional Ley de Difamación una publicación era considerada libelo si a través de las palabras se injuriaba a una persona en su reputación o si se comprometía su consideración pública. Ello posibilitaba una demanda por daños a no ser que el demandado pudiera probar la verdad de las afirmaciones⁵.

Es en 1964 cuando el Tribunal Supremo en el caso *New York Times vs. Sullivan* modifica este criterio a través de la creación de la doctrina de la *actual malice*, determinando que la protección de la Primera Enmienda no acaba solamente por la falsedad de las afirmaciones⁶. De acuerdo a esta teoría el demandante deberá probar que el demandado ha actuado con conocimiento de la falsedad de lo afirmado o con imprudencia temeraria hacia la verdad⁷. El punto fundamental de esta sentencia fue el reconocimiento expreso de que la publicación de críticas referentes a la conducta de oficiales públicos es una actividad protegida por la Primera Enmienda, más allá de la verdad de estas afirmaciones⁸. Así se ha llegado a afirmar que la Primera y la Decimocuarta Enmienda proveen a la prensa de un absoluto e incondicional privilegio para publicar críticas referentes a oficiales públicos⁹. En este caso no se habla de la Libertad de expresión como de un derecho individual, sino como una de las piedras fundamentales del sistema constitucional ya que posibilita la crítica al gobierno por parte de los ciudadanos¹⁰.

Desde 1964 hasta 1974 la Corte expandió la regla establecida en el caso *Sullivan*. En el caso *Garrison vs. Louisiana*, se determinó que la regla de la *actual malice* debía ser demostrada tanto en casos de libelos criminales como en los casos civiles cuando los demandantes eran oficiales

1. Al respecto ver: Emerson, T. I.: *The system of Freedom of Expression*, New York, 1970, pág. 517.

2. Los casos en los que el derecho anglosajón recurre a esta figura son excepcionales. Al respecto: Smith, J. Y Hogan, B.: *Criminal Law*, London, Edimburgo, Dublín, 1996, pág. 102. Harig, L. A.: «Ignorance is not bliss: responsible corporate officers convicted of environmental crimes and the Federal Sentencing Guidelines», en *Duke Law Journal*, 1992, pág. 148. En la mayoría de las ocasiones este tipo de responsabilidad es considerada para situaciones en las que resulta difícil probar la intención del sujeto. La Fave, W. R. y Scott, A. W.: *Criminal Law*, ob. cit., pág. 242.

3. Del Russo, A. D.: «Freedom of the press and defamation: Attacking the bastion of *New York Times co. v. Sullivan*», en *Saint Louis University Law Journal*, vol. 25:501, pág. 503.

4. Al respecto: Hachten, W. A.: *The Supreme Court on Freedom of the Press: Decisions and Dissents*, Iowa, 1968, pág. 6.

5. Schmidt, B. C.: *Freedom of the Press vs. Public Access*, Washington-London-New York, 1976, pág. 71.

6. Al respecto ver: Nelson, H. L (ed.): *Freedom of the Press from Hamilton to the Warren Court*, Indianapolis-New York-Kansas City, 1987, pág. 99. También los alcances de esta regla se extendió a los tribunales ingleses, no obstante el desarrollo legislativo y jurisprudencial en busca de una mayor protección a la libertad de expresión fue en este país notablemente más lenta que en los Estados Unidos. Al respecto ver: March, P.: «The End of the Libel Lottery», en *Entertainment Law Review*, London, 1998, pág. 224. Ashworth, A.: «Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and criminal Justice», en *Modern Law Review*, London, 2000, pág. 633. Spilsbury, S.: «Bloodhounds and Watchdogs-Qualified Privilege, malice and the Publication of Material in the Public Interest», en *Entertainment Law Review*, London, 2000, pág. 43.

7. Así una norma que había sido establecida con anterioridad en algunos estados se extiende a todo el territorio. Wap Hopkins, W.: *Actual malice. Twenty-Five Years after Times v. Sullivan*, New York, pág. 4. También Ver: Nolte, G.: *Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie*, Berlin, 1992, pág. 160.

8. Del Russo, A. D.: «Freedom of the press...», ob. cit., pág. 506.

9. Del Russo, A. D.: «Freedom of the press...», ob. cit., pág. 506.

10. Nolte, G.: *Beleidigungsschutz in der freiheitlichen...*, ob. cit, pág. 125.

públicos. En el caso *Rosenblatt v. Baer*, ocurrido en 1966, la Corte estableció que el argumento para determinar el estatus de oficial público sería el establecido por las definiciones dadas por los Estados. En 1967, con el caso *Curtis Publishing Co. v. Butts*, se entendió que una figura pública también debería probar la regla de la *actual malice*¹¹. El momento culminante del desarrollo de esta regla se dió en 1971 con el caso *Rosenbloom v. Metromedia*, donde se determinó que en aquellos supuestos en los cuales se discutan asuntos de interés público o general, con independencia de que la persona demandante sea una persona privada, también será necesario demostrar la existencia de *actual malice*¹².

Este proceso de expansión jurisprudencial se estanca, aunque no retrocede durante la era Burger (1969-1986), línea que se acentuó posteriormente con el Tribunal Rehnquist¹³. Así en 1974 con el caso *Rosenbloom with Gertz v. Robert Welch, Inc.*, se determinó que las personas privadas sólo deberían probar la existencia de *actual malice* si estuvieran exigiendo el pago de daños punitivos, o si los Estados individuales exigieran tal prueba¹⁴. La Corte intentó mediante esta resolución conciliar la protección otorgada a las personas privadas frente a la difamación con la Primera Enmienda, entendiendo que las personas individuales son más vulnerables a la injuria y por ello el interés del Estado de protegerlas de estos ataques debe ser también mayor¹⁵.

El argumento principal que manejaba entonces la Corte para otorgar una protección menor en caso de los oficiales públicos y de los personajes públicos se basaba en que

puede presumirse que estas personas tienen un acceso mayor a los medios de comunicación lo que les permite obtener protección de su honor por sí mismos, además de ello se entiende que han asumido el riesgo de sufrir injurias a través de manifestaciones no verdaderas.

Con respecto al estándar que resultaba aplicable para el caso de las personas privadas, con Gertz se determinó que los Estados podían dirimir esta cuestión. En la mayoría de los casos se ha determinado que la imposición de responsabilidad requería la prueba de negligencia por parte del demandado¹⁶, mientras que sólo en pocos Estados se estableció la necesidad de probar *actual malice*¹⁷.

No obstante, el desarrollo doctrinal realizado mediante estos casos por el Tribunal Supremo, el mismo ha dejado numerosos interrogantes denunciados por la doctrina. Entre ellos se ha mencionado que la Corte no ha establecido un criterio que permita determinar qué debe entenderse por «personaje público». Además será necesario tener en cuenta que también los personajes públicos pueden tener áreas de conducta privada que no deberían estar sujetas al estándar Sullivan¹⁸.

Esta situación de regresión de la protección de algunos derechos fundamentales dio a lugar a un movimiento denominado el *New Judicial Federalism* que consistió en el redescubrimiento de las Constituciones estatales como fuente de protección de los derechos. Este movimiento a pesar de nacer como una alternativa a los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, surgió a partir de la propia iniciativa de este órgano, cuando el mismo determinó que los Estados podrían a través de sus Constitucio-

11. Al respecto ver: Hachten, W. A.: *The Supreme Court...*, ob. cit., pág. 148.

12. Al respecto ver: Wat Hopkins, W.: *Actual Malice...*, ob. cit., pág. 30. Con respecto a este caso se ha señalado que podría haber sido resuelto de acuerdo a los mismos principios utilizados en el caso Butts, determinando que el demandante era una persona pública, ya que se trataba del distribuidor de una revista nudista, el cual había decidido voluntariamente dedicarse a una actividad de estas características, sin poder dudarse de la naturaleza controvertida de las mismas. Así la parte demandada alegó que el demandante había asumido el riesgo propio de la exposición pública. No obstante, la Corte entedió que no se trataba de un personaje público y que la necesidad de probar *actual malice* devenía del interés público legítimo de la materia. Al respecto: Cannaday, K. S.: «Constitutional Law-Torts-defamation and the first Amendment: The Elements and Application of the Reckless-Disregard Test», en *North Carolina Law Review*, vol 50, pág. 391.

13. Al respecto ver ampliamente: Freixes Montes, J.: «La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: Un modelo para Europa?», en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 1996, pág. 272.

14. Hachten aclara que históricamente se utilizó el término «*sedition libel*» para hacer referencia a las críticas realizadas a los gobernantes, leyes u oficiales públicos, mientras que el término «*criminal libel*» designaba la difamación que podía ser sufrida por una persona particular, no obstante en muchas ocasiones ambos términos han sido utilizados para designar las declaraciones dirigidas a oficiales públicos. Hachten, W. A.: *The Supreme Court...*, ob. cit., pág. 141.

15. Schmidt, B. C.: «Freedom of the Press...», ob. cit., pág. 79.

16. Sobre la caracterización y diferenciación de los estados subjetivos de la *negligence* y *recklessness* ver: «Should the Criminal Law abandon the Actus Reus-Mens Rea distinction?», en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 188. Smith, J y Hogan, B.: *Criminal Law*, Londres, Edimburgo, Dublín, 1996, pág. 56. Hornsby, J.: «On what's intentionally done», en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 55. Morse, S. J.: «Diminished Capacity», en *Action an Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 244. Tur R. H. S.: «Subjectivism and objectivism» en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 234. Seago, P.: *Criminal Law*, London, 1981, pág. 52. Loewy, A. H.: *Criminal Law in a nutshell*, Minnesota, 1987, pág. 119. Moore, M.: *Placing Blame. A general theory of the Criminal Law*, Oxford, 1997, pág. 451. Fletcher, G. P.: *Conceptos básicos de Derecho Penal*, traducción de Muñoz Conde, F., Valencia, 1997, pág. 175.

17. Del Russo, A. D.: «Freedom of the Press...», ob. cit., pág. 511.

18. Schmidt, B. C.: «Freedom of the Prees...», ob. cit., pág. 81.

nes aumentar el grado de protección otorgado a determinados derechos¹⁹.

De esta forma la protección constitucional federal se planteó como un estándar mínimo que los Estados deberían respetar pero que podrían ampliar tanto a través de sus constituciones como de la interpretación de las normas realizada por sus propios tribunales. Con ello se estableció una doble protección de la libertad de expresión: la otorgada a nivel federal a través de la cláusula contenida en la Primera Enmienda de la Constitución y la otorgada por cada uno de los Estados miembros de la Unión a través de sus propias constituciones²⁰.

Lo que resultaba fundamental en el sistema es que en casos de derechos que puedan verse afectados mutuamente, el aumento de protección otorgado por los estados a uno de estos derechos no podía ocasionar el descenso de la protección del otro derecho por debajo de los niveles garantizados por la Constitución Federal. Este es el caso concreto de la libertad de información. Así, si los Estados se proponen otorgar un nivel de protección superior a la libertad de expresión tendrán que tener en cuenta que ello no podrá significar un descenso en la protección al derecho a la intimidad o al derecho al honor²¹.

1.2. Primera Enmienda y Privacidad

El desarrollo de la Ley de Privacidad, ha sido en algunos aspectos, el reverso de la Ley de Libelos. Así, mientras en el caso de la difamación la Ley cuenta con una larga historia, en el caso de la privacidad, la protección de este derecho es relativamente reciente. En este aspecto será el caso *Time v. Hill*, del año 1967 cuando la Corte afrontará abiertamente esta problemática²².

Este caso surgió de un incidente ocurrido en 1952, cuando tres convictos que habían escapado de la cárcel retuvieron a James Hill, a su esposa y a sus hijos en su propia casa durante diecinueve horas. Durante este tiempo la familia no fue molestada. Con posterioridad, el diario *Times* reportó el episodio, pero la familia rehusó dar a conocer los hechos y para evitar publicidad decidieron cam-

biar su domicilio a otro Estado. Al año siguiente se publicó una novela titulada *The Desperate Hours* basada en el incidente sufrido por la familia Hill donde se relataban distintas agresiones supuestamente sufridas por la familia, pero sin realizar una mención expresa de sus nombres. En 1955 fue producida una obra en Broadway con el mismo tema y llevada a cabo por el mismo autor.

Pero fue sólo un art. publicado por la revista *Life* el que originó la demanda que dió lugar al litigio. En este art. se hacía referencia a la obra de Broadway pero haciendo mención expresa del episodio original, y por tanto dando los nombres de la familia Hill. Al art. lo acompañaban fotos de su casa y de sus hijos con los convictos. Hill presentó la demanda alegando que este art. estaba ficcionalizado y que el mismo había hecho revivir a la familia un episodio desagradable causando daños emocionales a la familia, y originando además una enfermedad nerviosa a la esposa²³.

Con anterioridad a este renombrado caso, la Corte aplicaba usualmente a los supuestos de invasión de la privacidad el denominado test de «*newsworthiness*». Por tanto, si un asunto era considerado noticiable, la publicación que pudiera envolver asuntos concernientes a la vida privada de una persona era permitida, en caso contrario, si se trataba de un asunto que pudiera ofender la sencibilidad de un hombre ordinario, la acción por invasión de la privacidad no era permitida²⁴.

En el caso *Time, Inc. v. Hill* se decidió que para que el demandante pudiera solicitar una indemnización por daños debía probar que la relación de hechos había sido ficcionalizada y además que esta situación había sido llevada a cabo con *actual malice*, es decir con conocimiento de su falsedad o con imprudencia temeraria con respecto a dicha posible falsedad. Ello en virtud de considerarse que Hill era un personaje público²⁵.

Así, al igual que ha sucedido en el caso de las acciones por difamación se llega a la conclusión de que el estándar de protección se va a determinar de acuerdo al estatus de la parte difamada. Si el demandante es una persona privada, se aplicará un estándar, si al contrario se trata de

19. Freixes Montes, J.: «La protección...», ob. cit., pág. 276. El autor analiza que este fenómeno provocó un descenso del grado de uniformidad de la protección de la libertad de expresión existente desde 1925, cuando se incorpora la Primera Enmienda en la Decimocuarta.

20. Freixes Montes, J.: «La protección...», ob. cit., pág. 279.

21. Freixes Montes, J.: «La protección...», ob. cit., pág. 280. Al respecto el autor explica, que así como siempre la jurisprudencia estatal será igual o más protectora de un derecho que la federal, también muchas veces la resolución de un caso concreto podrá resultar más o menos favorable de acuerdo al Tribunal de que se trate. En el ejemplo de la expresión en locales privados abiertos al público, la aplicación del derecho californiano lleva a una restricción del derecho a la propiedad mayor que la que resulta con la utilización del derecho federal. ello significa que el estándar federal mínimo no supone que la aplicación del derecho estatal sólo puede llevar a resultados iguales o más protectores que el derecho federal, sino que el derecho federal establece un mínimo de protección de cada derecho, que no puede vulnerarse por la aplicación del derecho estatal.

22. Emerson, T. I.: *The system of ...*, ob. cit., pág. 544.

23. Al respecto ver: Emerson, T. I.: *The system of Freedom of Expression*, New York, 1970, 551.

24. Emerson, T. I.: *The system...*, ob. cit., pág. 550.

25. Al respecto: Schwartz, B.: *Freedom of the Press*, New York, 1992, pág. 129.

un oficial público o de una figura pública, resultará aplicable un estándar más restringido²⁶. Este sistema ha llevado a resultados poco satisfactorios ya que la prensa no ha podido conocer el nivel de protección constitucional que recibiría en una circunstancia dada debido a que no podía saber si el demandante sería caracterizado como un personaje público o privado.

Además de ello, este sistema a recibido numerosas críticas ya que muchos doctrinarios han entendido que la afirmación que indica que una persona privada tiene un mayor interés en la protección de su reputación que las personas públicas es falaz. Por ello también se ha considerado que podría ser más adecuado eliminar esta distinción y basarla únicamente en la consideración de público o privado del asunto a tratar. Se entiende que este criterio respondería con más eficacia a los requerimientos de la Primera Enmienda en cuanto se fomentaría el debate de asuntos de relevancia pública²⁷.

1.3. La «posición preferencial» de la libertad de expresión de acuerdo a la Primera Enmienda

Tanto la doctrina como la jurisprudencia norteamericana aceptan ampliamente que las libertades reconocidas por la Primera Enmienda son bienes esenciales en la sociedad, los cuales necesitan un espacio suficiente para poder sobrevivir, no obstante lo cual la Corte norteamericana en ningún caso ha manifestado que se trate de valores absolutos. Por otro lado, ha reconocido que la principal excepción debe reconocerse para poder proteger el interés legítimo del Estado en la protección de la reputación de sus ciudadanos.

Ello implica que la libertad de expresión, así como la libertad de prensa, sin ser derechos absolutos, son derechos a los cuales se les reconoce una preferencia sobre los restantes derechos fundamentales²⁸. Así, para llevar a cabo un delicado balance entre la protección de la reputación de los individuos y la garantía contenida en la Primera Enmienda se ha creado una compleja estructura de normas. La doctrina ha considerado que esta complejidad por sí misma es suficiente para dudar acerca de la eficiencia del

sistema. También se ha sostenido que el estándar de protección *New York Times* ha sido creado con el objetivo de que el *Times* escapara de la responsabilidad que podía derivar de su actuación, además de creer que dicha teoría ha fallado en su principal objetivo: el de prevenir la autocensura por parte de los medios de comunicación.

Se ha sostenido que el estándar *actual malice* ha propagado la autocensura básicamente por dos razones: en primer lugar, como ya se ha indicado, el medio de comunicación no podrá determinar el estándar aplicable frente a un caso concreto debido a la dificultad para saber si el demandante es un personaje público o privado. Se ha objetado que este sistema es intolerable en cuanto obliga a los Tribunales a hacer determinaciones subjetivas con respecto al estatus de las partes y del asunto tratado, siendo incapaz de hacer estas determinaciones de una forma consistente y satisfactoria. En segundo lugar, en caso de que el estatus de la persona fuera determinado, el estándar de protección sería establecido por una decisión no revisable.

Otras razones que justifican esta ineptitud están relacionadas con el costoso sistema judicial americano. Así se considera que el estándar de la *actual malice* opera demasiado tarde en el proceso como para proteger a la libertad de prensa, ya que de todas formas, ambas partes deberán sobrellevar un costoso proceso y una posible apelación²⁹. El estándar de protección creado en la decisión *Gertz*, según la opinión de la doctrina, también ha favorecido la autocensura, en cuanto permite a las personas privadas obtener daños probando simplemente la existencia de negligencia.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

2.1. El reconocimiento de los derechos por la Norma Fundamental. El art. 5 de la Constitución alemana

La Ley Fundamental alemana establece en su art. 5, Sección 2.^a la libertad de emitir opiniones, la cual encuentra «sus límites en las prescripciones legales generales, en

26. Al respecto: Elias, J. S. y Diaz, J. C.: «La libertad de expresión, la libertad de prensa y sus límites», en *Journal of International and Comparative Law*, 1998, pág. 1009.

27. Otros argumentos que se han manejado al respecto indican que los personajes públicos gozan de un mayor acceso a los medios de comunicación lo que les puede permitir realizar una retractación en público, a lo que suele contestarse que a pesar de contar con esta posibilidad no puede negarse que un acto de estas características no goza del mismo interés periodístico que la publicación de la historia original, por lo que estos actos suelen perder su eficacia. Del Russo, A. D.: «Freedom of the Press...», ob. cit., pág. 502.

28. Con respecto a la relación que se plantea entre la libertad de expresión y la libertad de prensa la doctrina acepta que se trate de derechos que se encuentran interrelacionados, pero a su vez cuestionan que se trate de términos sinónimos, ya que de ser así la mención independiente que reciben por parte de la Constitución implicaría la existencia de una redundancia. Del Russo, A. D.: «Freedom of the Press...», ob. cit., pág. 515.

29. Del Russo, A. D.: «Freedom of the Press...», ob. cit., pág. 520. El autor entiende que resulta fácil imaginar que un editor pueda rechazar la posible publicación de una noticia, a pesar de que en caso de que llegara a juicio pudieran ganar el proceso, solamente por el costo que podría traer aparejada la defensa.

las determinaciones legales para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal». De esta manera estará positivizada como derecho fundamental pero no libre de reservas y será en las leyes generales donde se encontrará la reglamentación de este derecho. El art. 5, funcionará por tanto, como una autorización para limitar a la libertad de expresión pero no constituirá el límite en sí mismo; las Leyes generales serán aquellas que deberán concretizar estos límites, lo cual deberá hacerse a través de una correcta interpretación de la Constitución³⁰. Por parte de la jurisprudencia, estos límites han sido analizados por el Tribunal Constitucional en el caso Lüth³¹, donde se establece que la Ley General será aquella que se encargará no de prohibir opiniones sino de la protección de los bienes jurídicos que la sociedad considere importantes.

Al respecto, la doctrina ha remarcado el peligro que podría acarrear una posible interpretación literal del art. 5, que nos llevaría a considerar que son las leyes de rango inferior a la Ley Fundamental, las que establecen la extensión y los límites de la libertad de opinión, por lo que, además, la protección de la Ley Fundamental alcanzaría únicamente a aquellas declaraciones que no constituyen hechos lesivos del honor en virtud del Código penal. Así, no podría interpretarse a las normas protectoras del honor en el sentido de que las mismas limitan como ley general la libertad de opinión sin ninguna restricción³².

Para evitar estas posibles disfunciones se ha sostenido que las leyes generales deben ser interpretadas a partir del significado del derecho fundamental en el Estado democrático y garantista, con ello se podría conseguir que el efecto restrictivo que estas leyes podrían tener con respecto a los derechos fundamentales se viera a su vez también limitado³³.

En cuanto al derecho al honor, además de mencionarlo como límite a la libertad de expresión en el art. 5, la ley Fundamental alemana se refiere de forma implícita a este bien jurídico en su art. 1. Sección 1a. cuando garantiza a cada persona frente al Estado la defensa y la protección de su dignidad inherente, y, con ello, su derecho a ser reco-

nocido y tratado como miembro independiente de la comunidad jurídica. Así al tratarse tanto en el caso del derecho al honor como en el de la libertad de expresión de dos derechos fundamentales, la opinión mayoritaria considera que no se verifica entre ellos una relación de prioridad sino que los casos de colisión deberán resolverse mediante la ponderación caso por caso (*Abwägung*).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido indica la necesidad de aplicar la denominada «doctrina del efecto intercambio» (*Wechselwirkungstheorie*) según la cual se han desarrollado una serie de criterios que podrían indicar frente al caso concreto qué bien jurídico podría gozar de una prevalencia³⁴. Así, por ejemplo al verificarse una diferencia sustancial en el peligro potencial para el bien jurídico del honor entre la manifestación de juicios de valor y la manifestación de hechos al existir en el segundo caso una amenaza de mayor intensidad se establecerá consecuentemente un mayor nivel de protección³⁵. Estos criterios indicarán que, frente a manifestaciones de hechos, siempre que se trate de hechos no ciertos o bien no demostrablemente ciertos, el derecho al honor gozará de un rango superior. En el caso de los juicios de valor, el límite vendrá dado por las injurias formales y la difamación donde se afecta directamente la dignidad de la víctima³⁶. Otros criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional son el de espontaneidad y el derecho de contraatacar (*Rechts zum Gegenschlag*)³⁷. En este último caso se discute si podrían considerarse justificadas las expresiones realizadas como réplica entendiéndose que ello es posible mientras la respuesta no resulte desmedida³⁸.

No obstante, la postura del Tribunal Constitucional ha sido criticada en numerosas ocasiones por la doctrina al considerar que la *Wechselwirkungstheorie* menosprecia el derecho al honor suponiendo en todo caso una cierta prioridad de la libertad de expresión³⁹. En este sentido se indica que este Tribunal interpreta al derecho al honor como si se tratase de una Ley General más, desconociendo en la práctica su verdadera relevancia constitucional⁴⁰. Esta interpretación es la que lo lleva a aplicar la teoría mencionada a los casos de colisión de la libertad de opinión con

30. Grimm, D.: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pág. 1702. También ver: Tettinger, P. J.: «Der Schutz der persönlichen Ehre im freien Meinungskampf», en *Juristenzeitung*, Tübingen, 1983, pág. 318.

31. BVerfGE 7, 198 (209f). *Neue Juristische Wochenschrift* 1958, 257-Lüth.

32. Al respecto ver: Gössel, K. H.: «La protección del honor en el Derecho penal alemán», en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 1312.

33. Gössel, K. H.: «La protección del honor...», ob. cit., pág. 1313.

34. Ver: BVerfGE 12 113, 124; 42 143, 150.

35. Grimm, D.: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung...», ob. cit., pág. 1702.

36. Grimm, D.: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung...», ob. cit., pág. 1703.

37. Al respecto ver: BVerfGE 12 113, 132.

38. Al respecto ver: Otto, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Berlin-New York, 2002, pág. 123. También ver: Tröndle, H. y Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2004, pág. 1273.

39. Gössel, K. H.: «La protección del honor...», ob. cit., pág. 1315.

40. En este sentido se pronuncia Mackeprang, sosteniendo que el derecho al honor debe diferenciarse de la prescripción relativa a las Leyes generales por razones cualitativas. Mackeprang, R.: *Ehrenschatz im Verfassungsstaat*, Berlin, 1990, pág. 131.

el derecho al honor, considerando al último como un límite de la mencionada libertad. En opinión de Buscher para recocer el estatus del derecho al honor sería necesario llevar a la práctica una verdadera ponderación donde entrarán en colisión los límites de ambos derechos en una situación de igualdad. El autor sostiene además que los criterios de ponderación aplicados por el Tribunal son en gran medida inseguros y que no gozan de fundamento constitucional, razones que considera suficientes para que el Tribunal Constitucional se planteara cambiar su doctrina⁴¹.

2.2. El Código Penal y la justificación por intereses legítimos

Como Leyes Generales será necesario tener en cuenta a las normas protectoras del honor previstas en el Código Penal alemán. Las mismas se encuentran en los § 185-193, constituyéndose en los tipos básicos los delitos de injurias, difamación y calumnias (Beleidigung §185, Üble Nachrede §186 y Verleumdung §187)⁴². Es necesario remarcar que, según la doctrina mayoritaria, las manifestaciones que pueden lesionar al honor pueden revestirse de tres formas: opiniones, juicios de valor y manifestaciones de un hecho. La diferenciación entre ellas será en gran parte de los casos dificultosa⁴³; no obstante resulta ser de gran importancia ya que el art. 5. Sección 1ra. de la Ley Fundamental alemana establece el derecho de cada persona «a expresar libremente su opinión de palabra, por escrito o mediante la imagen y a difundirla», por lo que la expresión de opiniones goza de una protección constitucional de la cual carecen, en principio, las dos otras formas mencionadas⁴⁴.

Será en el § 193 del Código penal alemán donde la colisión de derechos libertad de expresión-derecho al honor

se manifestará en toda su extensión. Este párrafo, denominado *Wahrnehmung berechtigter Interessen* (Percepción de intereses legítimos) se reiferirá a las injurias como declaraciones cualificadas, y por tanto, como constitucionalmente legítimas y no punibles cuando se manifiesten en consideración a intereses autorizados⁴⁵. La doctrina considera que los intereses que podrán ser tenidos en cuenta incluirán tanto intereses privados del autor, intereses privados de terceros que puedan concernir al autor, o bien intereses generales, es decir aquellos que puedan afectar a todos los ciudadanos o a un número elevado de ellos, como puede darse con temas referidos a religión o política⁴⁶.

En este punto se ha discutido si puede considerarse que la prensa tiene una relación mediata o inmediata con la noticia que transmite lo que pueda permitir la justificación en virtud de intereses legítimos, este punto está hoy en día resuelto en razón de la función pública que la prensa en un estado democrático detenta. Así, a su función pública pertenece —de acuerdo con el interés de la opinión pública—, la adquisición y difusión de noticias, como también el ejercicio de la crítica, quedando excluida la difusión de noticias sensacionalistas⁴⁷. Se considera, incluso, que la prensa goza de verdaderos privilegios especiales, como puede ser el derecho a ocultar las fuentes a través de las cuales obtiene su información, pero así también cuentan con una responsabilidad pública, exigiéndosele un deber de averiguación de la verdad que no se exigiría en la conversación privada espontánea de un ciudadano⁴⁸.

Con respecto a la naturaleza jurídica de esta norma, la opinión mayoritaria indica que se trata de una causa de justificación⁴⁹, mientras que algunas resoluciones aisladas apuntan que este tema deberá resolverse en sede de culpabilidad. Una de las razones que se aluden para esta solución se relaciona con el elemento del convecimiento de la

41. Buscher, J. M.: «Neuere Entwicklung der straf-und ehrenschutzrechtlichen Schranken der Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1997, pág. 1061. El autor excluye de su crítica a los criterios de retorsión y espontaneidad (*Spontaneität und Gegenschlag*) a los cuales si considera adecuados como criterios para la ponderación. Contra este criterio: Grimm, D.: «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung...», ob. cit., pág. 1702.

42. También como Leyes Generales previstas en el Código penal se deberá tener en cuenta a los párrafos 90a I referido a los insultos públicos al Estado y a sus símbolos o a los Órganos Constitucionales, párrafo 90 b., entre otros. Al respecto ver: Buscher, J. M.: «Neuere Entwicklung der straf-und ehrenschutzrechtlichen Schranken...» ob. cit., pág. 1058.

43. Acerca de las dificultades para establecer las fronteras entre estas categorías ver: Wenzel, K. E.: «Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, pág. 2354.

44. Gössel, K. H.: «La protección del honor...», ob. cit., pág. 1312.

45. Kühl considera que este párrafo constituye una verdadera autorización para lesionar el honor de otras personas mientras tanto ello se realice para salvaguardar intereses legítimos. Kühl, en Lackner y Kühl: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 2001, pág. 730.

46. Schmidt, R. y Seidel, S.: *Strafgesetzbuch Besonderer Teil I*, Hannover, 2001, pág. 170.

47. Lackner, en Lackner y Kühl: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, ob. cit., pág. 732. Existe un interés legítimo en la crítica realizada por la prensa aún cuando ello pueda implicar manifestaciones injuriosas siempre y cuando no se cometan excesos. Arzt, G.: «Der strafrechtliche Ehrenschutz...», ob. cit. pág. 721.

48. Kriele, M.: «Ehrenschutz und Meinungsfreiheit», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, pág. 1902.

49. En este sentido: Helle, E.: «Ehrenschutz des Freigesprochenen», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Hamburg, 1961, pág. 167. Wessels, J. y Hettiger M.: *Strafrecht Besonderer Teil I*, Tübingen, 2003, pág. 142. Kindhäuser, U.: *Strafrechts-Repetitorium besonderer Teil I*, Baden-Baden, 2003, pág. 183.

verdad de las afirmaciones por parte del autor de la injurias que podrá ser tomado en consideración, así al entenderse que el sujeto activo actúa en la creencia de que sus dichos son ciertos lo hace sin la conciencia de estar llevando a cabo una lesión al bien jurídico.

Hilgendorf manifiesta su opinión en contra de esta postura entendiendo que no podrá decirse de forma general que el parágrafo 193 actúe en sede de justificación o bien de culpabilidad, sino que por el contrario, ello deberá resolverse caso por caso. Al respecto el autor mencionado resalta la importancia de la diferenciación según se trate de juicios de valor y opiniones, o bien, manifestaciones de hechos. Ello debido a que, como ya apuntamos anteriormente la protección que dispensa la Constitución alemana sólo alcanza para justificar las manifestaciones de ideas, mientras que en el caso de las manifestaciones de hechos, al quedar fuera de esta protección será necesario recurrir para su justificación al parágrafo 193⁵⁰.

El parágrafo 193 significa, por tanto, un límite a los delitos contra el honor⁵¹. El Tribunal Constitucional alemán aclara que el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión se van a limitar mutuamente y será través de este parágrafo donde se manifestará la necesidad de realizar una ponderación de intereses⁵². En opinión de Arzt en este caso se plantea una diferencia significativa con respecto a las causas de justificación generales. Las mismas han sido construidas para funcionar como «excepciones», al contrario de lo que ocurre en el caso del parágrafo 193, que lejos de ser una excepción actuará como una regla ge-

neral para encuadrar dentro de límites el conflicto que con gran asiduidad se produce entre estos dos derechos⁵³.

Así, fuera de los criterios desarrollados por la jurisprudencia que colaboran a la hora de realizar la ponderación, no existirán reglas abstractas que permitan solucionar la colisión de ambos derechos, sino que la solución sólo podrá encontrarse mediante el análisis detallado de las circunstancias de cada caso concreto⁵⁴. En este sentido habrá determinados elementos, como ser los motivos, objetivos o el grado de agresividad a la hora de realizar la manifestación que podrán ayudar en el momento de la ponderación de intereses. Sólo mediante el análisis global de todas estas circunstancias podrá determinarse qué derecho deberá tener preferencia en cada caso concreto⁵⁵. Si se exige, por otra parte, como punto de partida para realizar la ponderación, que la injuria se presente en relación con los intereses legítimos perseguidos por el autor como un medio apropiado, necesario y adecuado⁵⁶.

Además de ello y como ya lo mencionamos, se exige también al autor —en caso de que la injuria conste de una manifestación de hechos—, un deber de información con respecto a la veracidad de los hechos que imputa⁵⁷. Así como no es posible de forma alguna justificar la manifestación de hechos falsos realizada con conocimiento de dicha falsedad⁵⁸, tampoco será posible justificar imputaciones hechas «a la ligera», dependiendo la extensión de este deber de las características de cada circunstancia⁵⁹. En cuanto al aspecto subjetivo de esta causa de justificación no será suficiente el conocimiento por parte del autor de que concurren las circunstancias justificantes, sino que además

50. Hilgendorf, E. en Jähnke, B. y otros (ed.): *Leipziger Kommentar Großkommentar*, 11 ed. Berlin, 2005, pág. 72. Este es un punto que ha generado numerosas discusiones, sosteniéndose en muchos casos la necesidad de interpretar el concepto de «opinión» de forma amplia para permitir la inclusión en el concepto de las manifestaciones de hecho y así otorgarles también la protección constitucional. Al respecto ver: Gössel, K. H.: «La protección del honor...», ob. cit., pág. 1316.

51. Otto considera que el parágrafo 193 significa una decisión acerca de los límites de la protección del derecho al honor contra el derecho a la libertad de expresión. Otto, H.: *Grundkurs Strafrecht...*, ob. cit., pág. 122. Mediante este art. se consagra el derecho a la libertad de expresión en el ámbito penal a través de una causa de justificación o de inculpabilidad. Schmid, K.: *Freiheit der Meinungsäußerungen und strafrechtlicher Ehrenschtutz*, Tübingen, 1972, pág. 68.

52. Al respecto la doctrina manifiesta además que se trata de un caso donde se verifica un riesgo permitido. Tröndle, H. y Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ob. cit., pág. 1270.

53. Arzt, G. en Arzt, G. y Weber, U.: *Strafrecht Besonderer Teil*, 1988, pág. 175. Del mismo autor también ver: «Der strafrechtliche Ehrenschtutz-Theorie und praktische Bedeutung», en *Juristische Schulung*, München-Frankfurt, 1982, pág. 721.

54. Schmidt, R. y Seidel, S.: *Strafgesetzbuch Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 171.

55. Zaczyk siguiendo a Rudolphi manifiesta que debe darse un saldo final positivo a favor del autor luego de analizar todas las circunstancias particulares del caso, los intereses del sujeto pasivo deben «predominar» sobre los del afectado. : *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2005, pág. 3399.

56. Rengier, R.: *Strafrecht Besonderer Teil II*, München, 2003, pág. 187. Con respecto al requisito de la «adecuación» el autor aclara que ello se comprobará cuando de la ponderación de todas las circunstancias particulares de los intereses del autor y del injuriado se llegue a la conclusión de que al menos ambas son de igual valor. También al respecto: Volker, K.: *Strafrecht Besonderer Teil I*, Stuttgart, 2002. Lackner, en Lackner y Kühl: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, ob. cit., pág. 732.

57. Wessels, J. y Hettlinger M.: *Strafrecht Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 142. También en este sentido: Rengier, R.: *Strafrecht Besonderer Teil II*, ob. cit., pág. 188.

58. Al respecto ver: Stern, K.: «Ehrenschtutz und Beweislast in ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz», en *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln, 1985, pág. 477.

59. Otto, H.: *Grundkurs Strafrecht...*, ob. cit., pág. 123.

será necesario que el autor actúe con el objetivo de salvar el interés legítimo que justifica el hecho⁶⁰.

No obstante, como ya apuntamos, es necesario remarcar que así como lo hace el Tribunal Constitucional, la doctrina también considera que en determinados casos muy puntuales podrá presentarse una preferencia del derecho al honor frente a la libertad de expresión⁶¹. Se trata de supuestos en los cuales se verifica un ataque a la dignidad de la persona (*Menschenwürde*). Así mientras en el caso de las manifestaciones de hecho el primer límite frente a una posible justificación de la conducta se encuentra en la manifestación de hechos con conocimiento de su falsedad, o bien donde resulta evidente la falsedad, en el caso de los juicios de valor el límite vendrá dado por las injurias formales. Se tratará de aquellos casos en los cuales «no se hace referencia al objeto de la discusión, sino que se coloca en primer plano la difamación de una persona», es decir, la expresión va «más allá de constituir una crítica polémica y exagerada, sino que pasa a integrar una denigración personal»⁶². De todas formas, también en estos supuestos la doctrina defiende una solución por medio del análisis detallado de cada caso⁶³.

En cuanto a una posible preferencia del derecho a la libertad de expresión, como ya explicamos, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia que puede considerarse más ventajosa para la libertad de expresión. Uno de los supuestos donde con más claridad podrá observarse esta situación es el de la discusión pública, cuando se considere que el contenido de la manifestación que puede herir el derecho al honor resulta importante para la formación de la opinión pública⁶⁴. Esta situación se

acentúa frente a la lesión al honor que pueda surgir en pelear electorales⁶⁵. A favor de esta opinión se ha manifestado Kriele, quien considera adecuado asignar una posición extraordinaria a la libertad de expresión al tratarse, como indica la misma jurisprudencia, de un derecho «constitutivo para la democracia».

Las razones a las que alude el autor para fundamentar su postura son varias. Entre otras razones considera que la libertad de expresión es un derecho que sirve no sólo a intereses individuales, sino también colectivos, además de que sin esta libertad resultaría inevitable la violencia, el terror y las guerras civiles; el monopolio de la violencia de los Estados libres y la paz de la vida en sociedad sólo se pueden mantener cuando la lucha de opiniones se decide a través de medios intelectuales. El autor también considera que el derecho a la libertad de expresión legitima la democracia, ya que brinda la seguridad de que las decisiones del Gobierno serán analizadas y criticadas⁶⁶.

Hilgendorf se manifiesta en contra de este criterio, ya que entiende que sostener esta presunción podría implicar la total negación a la protección al derecho al honor en el marco de la discusión política. Por ello el autor niega la conveniencia de la formulación de reglas generales que puedan otorgar primacía a uno u otro derecho, apuntando a la necesidad de resolver el conflicto mediante la ponderación de intereses caso por caso⁶⁷.

Por otro lado, un tema que se discute con especial énfasis en la doctrina alemana es el referido a la posible colisión del derecho al honor con el derecho a la manifestación artística⁶⁸. El art. 5 de la Constitución alemana expresa que el

60. Al respecto: Wessels, J y Hettinger, M.: *Strafrecht Besonderer Teil I*, ob. cit., pág. 142. Otto, H.: *Grundkurs Strafrecht...*, ob. cit., pág. 123. Al respecto se refiere Eser al explicar que la expresión «zur Wahrnehmung» (para percibir) indica por sí misma la necesaria concurrencia de una intención final por parte del sujeto. Eser, A.: *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Berlin-Zurich, 1969, pág. 25. El requisito subjetivo también quedará satisfecho aunque el autor persiga además otro objetivo. Küpper, G.: «Grundprobleme der Beleidigungsdelikte, §§185ff. StGB», en *Juristische Arbeitsblätter*, Frankfurt am Main, 1985, pág. 460.

61. Hilgendorf, E. en Jähnke, B. y otros (ed.): *Leipziger Kommentar...*, pág. 76.

62. BVerfG, NJW 1993, 1462; 1995, 3303, 3304. También ver: Zaczyk, R. en Kindhäuser, Neumann, y Paefgen (ed.): *Nomos Kommentar. Strafrechtbuch*, ob. cit., pág. 3394.

63. Hilgendorf, E. en Jähnke, B. y otros (ed.): *Leipziger Kommentar...*, pág. 76.

64. Al respecto ver: Tröndle, H. y Fischer, T.: *Strafrechtbuch und Nebengesetze*, ob. cit., pág. 1272. También ver: Kübler, F.: «Ehrenschaft, Selbstbestimmung und Demokratie», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, pág. 1281. Küpper, G.: «Grundprobleme der Beleidigungsdelikte...», ob. cit., 1985, pág. 461. Entre otros pronunciamientos al respecto encontramos las Sentencias: BVerfGE 7 198, 212; 12 113, 127; 24 278, 282; 54 129, 137.

65. Al respecto ver: BVerfGE 61 1, 11.

66. Con ello el autor no niega la necesidad de la protección del derecho al honor y su carácter de derecho fundamental pero si reconoce una cierta supremacía a la libertad de expresión. Kriele, M.: «Ehrenschaft und Meinungsfreiheit», ob. cit., pág. 1897. Crítico con respecto a esta postura: Soehring, J.: «Ehrenschaft und Meinungsfreiheit», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, pág. 2926.

67. Hilgendorf, E. en Jähnke, B. y otros (ed.): *Leipziger Kommentar...*, pág. 76. Aún en estos supuestos en virtud del art. 5 Abs 2. GG debe reconocerse al honor como límite del derecho a la libertad de expresión, debiendo ser el mismo interpretado de acuerdo a su significado de derecho fundamental. Zaczyk, R. en Kindhäuser, Neumann, y Paefgen (ed.): *Nomos Kommentar. Strafrechtbuch*, ob. cit., pág. 3394.

68. Los casos de colisión entre el arte y el derecho al honor deben ser excepcionales ya que el arte es primariamente concebido como creación y sólo secundariamente como manifestación en relación al comportamiento de otra persona. Zaczyk, R. en Kindhäuser, Neumann, y Paefgen (ed.): *Nomos Kommentar. Strafrechtbuch*, ob. cit., pág. 3405. En particular referencia a la colisión entre el derecho al honor y la libertad en la literatura ver: Otto, H.: «Strafrechtlicher Ehrenschaft und Kunstfreiheit der Literatur», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pág. 1206.

arte podrá manifestarse libremente, lo cual en principio podría suponer una autorización en términos absolutos, pero la doctrina considera esta idea equivocada, entendiendo que también en este caso deben establecerse límites que respondan al espíritu de la Constitución⁶⁹. Así el principal límite deberá encontrarse en el respeto a la dignidad humana. Por tanto el método a seguir a la hora de resolver el conflicto de intereses coincidirá con el apuntado para la libertad de expresión, entendiéndose que cuando el significado de la obra es claramente injuriosa, el valor artístico de la misma pasará a un segundo plano dejando en primer lugar a la manifestación de ideas transmitidas⁷⁰.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

3.1. Conceptualización y naturaleza jurídica de los derechos y libertades.

El art. 20 CE consagra el derecho de los ciudadanos a la libertad de expresión, es decir, a expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción, siendo su objeto los pensamientos, ideas y opiniones, concepto dentro del cual deberán incluirse además las creencias y los juicios de valor. A su vez el art. 20.1 d) se refiere a la libertad de información. Si bien en muchas ocasiones el concepto de libertad de información se utiliza como sinónimo del de libertad de expresión, se trata de términos que indican realidades diferentes⁷¹, en cuanto el objeto de la libertad de información está comprendido exclusivamente por hechos y en particular por hechos «noticiales»⁷². De la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional puede inferirse que la libertad de expresión es el «género» y la libertad de información una de las «especies» de la misma (sentencia 6/1981). Así podría decirse que todas las libertades y derechos contenidos en el art. 20 de la Constitución son concreciones específicas de la libertad de expresión⁷³.

La misma Constitución indica que este derecho posee un carácter dual en cuanto se manifiesta tanto en el derecho de los medios de comunicación a transmitir información como en el de los ciudadanos de acceder libremente al conocimiento transmitido⁷⁴. Ello implica además que este derecho se verá menoscabado tanto si se difunde una información no veraz como si se impide la recepción de las noticias. En este sentido indica Carbonell Mateu que, si bien es cierto que resulta consustancial al libre desarrollo de la personalidad el reconocimiento de las potestades de emisión de expresión e información, lo es aún más el hecho de que la participación en las tareas públicas, e incluso en la vida social, requieren de una absoluta libertad de recepción de información y expresión⁷⁵.

En cuanto a la naturaleza de estas libertades pueden distinguirse dos aspectos reconocidos por el Tribunal Constitucional. Así se ha hablado de un aspecto subjetivo, según el cual se reconoce que son derechos de libertad frente al poder que protegen a los ciudadanos de cualquier injerencia de los poderes públicos que no este apoyada en la Ley. Además el Tribunal se refiere a un aspecto institucional. Se entiende que la libertad de expresión no constituye sólo un derecho fundamental, sino que, además, se manifiesta como garantía de una institución democrática fundamental⁷⁶, ello en virtud de que implica el reconocimiento de garantía de la opinión pública libre⁷⁷. Esta institución, al ser un instrumento esencial para la participación de los individuos en

69. Küpper manifiesta al respecto que la Constitución garantiza la libertad de expresión sin reservas (*vorbehaltlos*), pero no sin barreras (*schränkenlos*). Küpper, G.: «Grundprobleme der Beleidigungsdelikte, ob. cit., pág. 460.

70. Hilgendorf, E. en Jähnke, B. y otros (ed.): *Leipziger Kommentar...*, pág. 78.

71. Al respecto: Cabello Mohedano, F. A.: «El art. 20.1 de la Constitución: Una nueva configuración de la *exceptio veritatis*?», en *Poder Judicial*, Madrid, 1987, pág. 37.

72. No obstante, tal como lo indica la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988: «en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita, a menudo, apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca de un estado químicamente puro y comprende casi siempre algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión». Frente a esta situación, el Tribunal aconseja en aquellos casos en los que pueda aparecer entremezclados elementos de una y otra significación encajarlos en el apartado del art. 20 que aparezca como preponderante.

73. Jaen Vallejo, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pág. 40.

74. Al respecto: Auger, C.: «Derecho al honor y a la intimidad: El problema en la realidad y en el Derecho», en *Jueces para la democracia*, Madrid, 1989, pág. 9.

75. Carbonell Mateu, J. C.: «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal», en *La libertad de Expresión y el Derecho Penal, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1993, pág. 110. (También publicado en: *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1995).

76. Matellanes Rodríguez, N.: «Límites a la libertad de expresión», en *Conflicto social y sistema penal (Diez estudios sobre la actual reforma)*, Madrid, 1996, pág. 173.

77. En este sentido manifiesta su opinión Fiss cuando se refiere a la «democrática misión de la prensa». El autor considera que la sociedad necesita información acerca de las tareas que desarrollan sus gobernantes, así para llevar a cabo esta democrática responsabilidad, la prensa necesitará de un cierto grado de autonomía con respecto al Estado. La primera forma de autonomía necesaria será la económica, ya que la prensa no deberá depender económicamente del Estado. La segunda será la judicial, en cuanto los jueces no deberán silenciar las críticas de la prensa. Fiss, O. M.: *The irony of the free Speech*, London, 1996, pág. 50.

el sistema, queda indisolublemente ligada al pluralismo político y se constituye en un requisito del funcionamiento del estado democrático⁷⁸.

Esta dimensión institucional adquiere una trascendencia particular en el caso de la libertad de expresión, ya que el pluralismo político se ha constitucionalizado como valor superior del ordenamiento jurídico. Ello mismo implica una obligación por parte del Estado. Este no se podrá limitar a una postura abstencionista, sino que por otro lado tendrá que asegurar los presupuestos básicos de la existencia de la libertad de expresión, como ser la educación y cultura de los ciudadanos, lo cual posibilite su participación efectiva⁷⁹.

En cuanto a los límites que se reconocen a estas libertades, la doctrina habla de dos clases bien diferenciadas, los límites internos, que son aquellos que nacen del mismo contenido o esencia de la libertad, o bien de su mismo fundamento y los límites externos que, en opinión de Vives Antón, serán aquellos con los que más cuidado habrá que tener ya que «tienen que tener una justificación muy clara para ser legítimos»⁸⁰. Estos límites estarán constituidos por el ejercicio de otros derechos con los que estas libertades podrían entrar en colisión. Así el delito de calumnias se manifestará como límite externo de la libertad de información en cuanto se refiere a la manifestación de hechos, mientras que el delito de injurias podrá presentarse tanto como un límite a la libertad de información como de expresión por poder ir referido tanto a hechos como a juicios de valor⁸¹.

La misma naturaleza de estos derechos implicará que la libertad de expresión sea un derecho más amplio que la libertad de información. Así en cuanto la libertad de expresión tiene por objeto ideas y opiniones, su único límite interno estará determinado por el interés público de las mismas, mientras que en el caso de la libertad de infor-

mación a este requisito se le sumará el de la veracidad de los hechos difundidos. La exigencia de veracidad se apoya en la idea de que a través de la opinión pública se participa en el sistema social. La falsedad sólo puede fomentar que la opinión pública se constituya de forma viciada⁸². Ahora bien, aunque la Constitución aclara expresamente la necesidad de que se satisfagan estos requisitos no hace referencia alguna acerca del alcance de la exigencia, quedando al intérprete la tarea de decidir si se trata de un requisito objetivo referido a la verdad absoluta de los hechos acaecidos, o si se trata de un componente subjetivo que indica la necesidad de una determinanda intención por parte del agente.

Una cuestión que divide a la doctrina con relación a estos límites es si la enumeración que plantea el art. 20.4 de la Constitución constituye un catálogo abierto o cerrado. Así, una parte de la doctrina apoyándose en la expresión «especialmente» utilizada por el legislador, defiende que este art. sólo consituye una forma de llamar la atención sobre derechos que podrían ser más fácilmente desconocidos, pero que podría extraerse otros límites del resto del ordenamiento. En este sentido Muñoz Lorente indica que los límites externos no son sólo aquellos que expresamente enuncia la Constitución si no que el legislador esta capacitado para limitar las libertades o derechos fundamentales aunque la Constitución expresamente no lo haga, ya que los límites externos de los derechos fundamentales también se pueden derivar de una manera mediata o indirecta de la propia Constitución, en la medida en que su imposición sea necesaria y esté justificada para la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos⁸³.

Otro sector doctrinal, al cual nos adherimos, considera más adecuado entender que dicha enumeración es exhaustiva, ya que la Constitución ha establecido de forma ex-

78. Al respecto ver: Rogel Vide, C.: «El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, Madrid, 1991, pág. 88. En el mismo sentido: Vives Antón, T. S.: «La libertad de expresión e información: límites penales», en *El derecho a la información. Teoría y práctica*, pág. 114. «Solo una sociedad adecuada y correctamente informada puede constituirse en árbitro de las decisiones políticas de las que haya de ser protagonista». Ruiz Vadillo, E.: «Algunas anotaciones sobre la información periodística en los derechos penal y civil de España y sus límites», en *Revista General de Derecho*, Valencia, 1976, pág. 1105.

79. Jaen Vallejo, M.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 42.

80 Vives Antón, T. S.: «La libertad de expresión e información...», ob. cit., pág. 118.

81. En este sentido: Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1998, pág. 135. Contra esta opinión se manifiesta Vives Antón, quien entiende que los delitos de injurias y calumnias son límites internos a las libertades de información y expresión al considerar que «la comunicación solamente tiene lugar en una comunidad de iguales, en una comunidad en la que todos han de reconocerse igual dignidad, y la calumnia y la injuria son, básicamente atentados a la dignidad de las personas». Vives Antón, T. S.: «La libertad de expresión e información: límites penales», en *El derecho a la información...*, ob. cit. pág. 118.

82. Matellanes Rodríguez, N.: «Límites a la libertad de expresión», ob. cit., pág. 177.

83. El autor también llama la atención sobre el carácter reiterativo del art. 20.4 de la Constitución en cuanto al enumerar los límites de la libertad de expresión hace referencia a algunos derechos específicos como ser el honor o la propia imagen y luego menciona de forma general a todos los derechos contenidos en el Título I, estando los derechos mencionados de forma específica también contenido en este título. La conclusión que obtiene el autor es que de ninguna manera puede pensarse que el legislador haya tenido la intención de indicar la necesidad de que estos derechos cuenten con una mayor energía jurídica, sino que por otro lado esta alusión explícita sólo puede tener un mero carácter ejemplificativo. Muñoz Lorente, M.: «Libertad de información...», ob. cit., pág. 142.

presa unos límites a la libertad de expresión que no pueden multiplicarse por vía legislativa. Siguiendo esta postura Jaen Vallejo cita el caso tratado en la sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, donde se considera que la moral puede funcionar como límite de la libertad de expresión. El autor se manifiesta en desacuerdo con esta decisión al entender que la moral no es uno de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, tratándose además de un concepto de contenido impreciso⁸⁴.

En cuanto al derecho al honor y a la intimidad, los mismos se encuentran reconocidos por la Constitución española en el art. 18.1. Con respecto a la naturaleza jurídica de estos derechos no ha habido coincidencia entre los términos utilizados por los tribunales. Así se han utilizado numerosas expresiones entre las que podemos mencionar la de «derechos fundamentales» (STS 9-5-1988 y 14-10-1988), «derechos de la personalidad», «derechos fundamentales de la personalidad» (STS 29-3-1988), o bien de «derechos subjetivos de la personalidad» (STC 107/1988). Se trata de terminologías que han sido criticadas por la doctrina,⁸⁵ aceptándose de forma casi unánime la de derechos fundamentales⁸⁶.

3.2. ¿Libertad de expresión vs. derecho al honor?

La interpretación literal del art. 20.4 de la Constitución española podría llevar a pensar que existe una subordinación general y apriorística de la libertad de expresión con respecto al derecho al «honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia», ya que este art. se refiere de forma expresa a la existencia de este límite, lo que no sucede al momento de reconocer

el carácter de derechos fundamentales de los anteriormente mencionados⁸⁷. No obstante ello, la opinión predominante niega este criterio refiriéndose a una posible «supremacía» de la libertad de expresión sobre otros derechos como puede ser el honor. Lo cierto es que las opiniones sobre este tema se encuentran divididas en España tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁸⁸.

Al respecto resulta interesante la opinión sostenida por Carbonell Mateu, quien antes de pronunciarse sobre la materia y al igual que sucede en el sistema norteamericano, cree necesario diferenciar entre la expresión referida a la esfera pública o a la privada. Así, considera que sólo la expresión referida al ámbito público incide de manera directa en la formación de la opinión pública y, por lo tanto, será la única que pueda merecer el carácter preeminente sobre otros derechos constitucionales. Ello en virtud de que considera que la opinión pública libre es la base fundamental de un Estado democrático. Por tanto, en el ámbito privado esta prevalencia del derecho a la libertad de expresión caería a fin de preservar el derecho a la intimidad, cuya protección es también tarea del Estado democrático⁸⁹.

El autor analiza el sistema norteamericano resaltando que, en el mismo, en virtud de la Primera Enmienda no es posible anular la libertad de expresión, en el ámbito público, ni siquiera legislativamente, mientras que se dispensa un nivel de protección menor a la libertad de expresión en el ámbito privado, pero en todo caso reconociéndole una posición prevalente en caso de que se produzca un conflicto con otro bien jurídico. También considera que la «desdichada» redacción del art. 20 de la Constitución española dificulta en gran medida trasladar

84. Jaen Vallejos, M.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 56.

85. Rogel Vide, considera que la categoría de «derechos fundamentales de la personalidad» es un «híbrido difícil». Rogel Vide, C.: «El derecho al honor...», ob. cit., pág. 85. Del mismo autor y también sobre la importancia de la información en la sociedad democrática: «Los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a informar y a ser informado y su incidencia en el campo jurídico-penal», en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, pág. 589.

86. En especial referencia al derecho al honor, Bernal del castillo establece la relación de consecuencias de su carácter de derecho fundamental, las cuales condicionan y determinan sus caracteres jurídicos así como su operatividad y función en los diversos ordenamientos. Así el autor menciona básicamente tres consecuencias: 1) La universalidad del sujeto titular del derecho al honor, lo cual conlleva la falta de legitimidad y vigencia de aquéllas normas jurídicas que negaren o restringieran su ejercicio a determinadas categorías de personas. 2) La exigencia de ajustar a la naturaleza de derecho fundamental a las normas jurídicas ya existentes y las que lo desarrollen. 3) El honor como derecho fundamental gozará de todos los medios de tutela y protección que el art. 53 de la Constitución reconoce para éstos (recurso de Amparo, control de inconstitucionalidad, entre otros). Bernal del Castillo, J.: *Honor, verdad e información*, Oviedo, 1994, pág. 37.

87. Matellanes Rodríguez, N.: «Límites a la libertad...», ob. cit., pág. 182. La autora se manifiesta en contra de esta posibilidad ya que considera que sostener que el honor o la intimidad poseen una supremacía sobre la libertad de expresión sólo por ser derechos individuales, es una solución que responde a una concepción del Estado individualista extremo, que hoy esta superada por un Estado social y democrático de Derecho.

88. Al respecto ver: Tapia Parreño, J. J.: «Libertad de expresión y derecho al honor. Conflictos entre ambos derechos en el ámbito penal», en *La libertad de expresión y el Derecho penal*, Madrid, 1993, pág. 268. Romero Coloma considera que la libertad de expresión es un valor de carácter preferente al honor, aunque dicha supremacía declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de la formación de la opinión pública. Romero Coloma, A. M.: «Libertad de expresión y delito de injurias», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1994, pág. 545.

89. Carbonell Mateu, J. C.: «Las libertades de información...», ob. cit., pág. 112.

esta doctrina al Derecho español⁹⁰. Esta situación, en su opinión, conlleva a tener que negar la primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos en nuestro sistema, teniendo que encontrar la solución del conflicto vía ponderación de intereses, la cual sería deseable evitar porque genera inseguridad y aboca al sistema a un inaceptable decisionismo⁹¹.

En el caso de Muñoz Lorente, este autor también considera que la prevalencia de la libertad de expresión sobre otros derechos depende del interés del asunto objeto de la noticia, así específicamente se refiere a la «contribución a la formación y mantenimiento de una opinión pública libre». En cuanto a la libertad de expresión contribuya a la formación pública, podrá hablarse entonces de una primacía sobre otros derechos. Debido a ello el autor critica la posición del Tribunal Constitucional, quien a pesar de reconocer esta prevalencia recurre en la mayoría de las ocasiones al proceso de ponderación de intereses. El autor considera que este método sólo será necesario cuando se hable de derechos equiparables, pero no cuando entre en juego un derecho del que se dice que ocupa un lugar preferente. Por ello en estos casos sólo será necesario verificar si la libertad de expresión se ha ejercido dentro de los límites internos que son aquellos que le otorgan dicha posición preferente⁹².

En contra de esta opinión se manifiesta Jaen Vallejo, quien a pesar de reconocer que la libertad de expresión goza de una «posición especial en el conjunto de los derechos constitucionalmente reconocidos» entiende necesario llevar a cabo una ponderación de intereses en cada caso ante un eventual conflicto con el derecho al honor⁹³.

Vives Antón considera inadecuados estos criterios de solución. El autor entiende que no puede sostenerse que la libertad de expresión tenga un valor preferente sobre el resto de los derechos porque no es posible establecer un rango entre derechos fundamentales cuando la Constitución los caloca a la par. Así, si se aluden numerosas razones para solventar la supuesta preferencia de estas libertades también podrían aducirse numerosas razones no menos fuertes en sentido contrario. En lo que respecta al criterio de la ponderación de intereses, Vives Antón niega la conveniencia de que la solución a este conflicto deba surgir de los jueces, ni siquiera de los constitucionales. Ya que un conflicto entre derechos fundamentales sólo puede

solucionarse mediante el sacrificio parcial de alguno de ellos, esta solución sólo podrá surgir de una Ley, en virtud del art. 53.1 y 81.1 de la Constitución española que establece que las reglas para solventar los conflictos entre derechos fundamentales sólo pueden ser establecidas por una Ley⁹⁴.

Desarrollando su postura el autor mencionado explica que el argumento que se sostiene en Estados Unidos contra este sistema es que puede dejar a la libertad de expresión o a cualquier otro derecho fundamental sin contenido, ya que al depender el criterio de los jueces el mismo resulta imprevisible, así como en determinados momentos los jueces ponderan a favor de la libertad de expresión, mañana podría ocurrir lo contrario y anularse la libertad de expresión. A esta dificultad, Vives Antón añade que en España no existe un sistema de control constitucional difuso como lo hay en Estados Unidos. En España el único juez de la Constitución es el Tribunal Constitucional. Por tanto el problema no lo constituye en sí el sistema de ponderación de derechos, el problema se centra en qué órgano será el encargado de realizar tal ponderación⁹⁵.

Para resolver esta situación el autor mencionado propone un sistema propio que consta de 4 pasos: 1) determinación de los límites internos de cada uno de los derechos; con el objeto de excluir aquellos supuestos que queden fuera del ámbito de estos derechos; 2) verificación de la concurrencia de los presupuestos formales de la ingerencia; es decir examinar si concurren los presupuestos formales propios de las limitaciones a estos derechos ; 3) valoración acerca del carácter justificado o injustificado de la ingerencia, ya que la libertad de expresión sólo puede ser limitada por el derecho al honor si concurren los elementos de necesidad, adecuación y proporcionalidad, y 4) delimitación del contenido esencial de los derechos comprobando que la solución adoptada respete el contenido que opera como límite de los límites de los derechos fundamentales⁹⁶.

Pero esta solución también es criticada por la doctrina en cuanto se considera que este método se refiere a la «legitimidad de la legislación en materia de límites a la libertad de expresión, lo que parece resuelto en nuestro ordenamiento, a través de la tipificación de las injurias y las calumnias, al margen de las previsiones del derecho Civil en materia de intimidad y honor» entendiéndose que con ello todavía no está resuelto el conflicto⁹⁷.

90. Carbonell Mateu, J. C.: «Las libertades de información...», ob. cit., pág. 122.

91. Carbonell Mateu, siguiendo a Vives Antón, Carbonell Mateu, J. C.: «Las libertades de información...», ob. cit., pág. 122.

92. Muñoz Lorente, M.: *Libertad de información...*, ob. cit., pág. 152. Por otro lado, Lorenzo Copello considera que el recurso al método de la ponderación de intereses es un resultado de la prevalencia del criterio de la igualdad jerárquica de todos los derechos fundamentales. Lorenzo Copello, P.: *Los delitos contra el honor*, Valencia 2002, pág. 52.

93. Jaen Vallejo, M.: «La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 181.

94. Vives Antón, T. S.: «Libertad de expresión y derecho al honor», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 254.

95. Vives Antón, T. S.: «La libertad de expresión e información: límites penales», en *El derecho a la información...*, ob. cit. pág. 118.

96. Vives Antón, T. S.: «Libertad de expresión...» ob. cit., pág. 256.

97. Carbonell Mateu, J. C.: «Las libertades de información...», ob. cit., pág. 123.

3.3. Especial referencia al requisito del carácter público del asunto implicado

Tal como sucede en el caso del Derecho norteamericano, en el Derecho español también se plantea la diferenciación en la protección del honor según se trate de una persona pública o privada. En la doctrina se habla de «condiciones necesarias para que la libertad de expresión pueda tener un carácter prevalente»⁹⁸, sobre otros derechos tales como el honor o el derecho a la imagen, planteándose el carácter de público como primer requisito.

Así, al igual que sucedía en la jurisprudencia norteamericana se consideraba que los personajes públicos, al haber optado libremente por esta condición tienen que soportar un cierto riesgo a la eventual lesión de sus derechos fundamentales⁹⁹. Al respecto resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1987: «La misma inversión se produce si la información no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad, sino a personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública, pues en este supuesto el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el art. 20 de la Constitución, que le confiere el núm. 4 del mismo artículo».

No obstante, estos criterios han ido evolucionando hasta reconocer que no será la cualidad de la persona implicada el elemento fundamental para determinar el interés público de la idea objeto de la expresión, sino la cualidad del asunto de que se trate. Así, aunque en la información difundida estén implicados personajes públicos, puede suceder que los datos difundidos carezcan de interés para la colectividad, caso en el cual la libertad de expresión perderá su supuesto carácter prevalente. Pudiéndose dar también el caso contrario cuando a pesar de estar involucradas personas sin notoriedad pública, las mismas participan en asuntos de interés general y, por tanto, recobre la libertad de expresión su prioridad sobre otros derechos¹⁰⁰.

Por ello podemos sostener que en la doctrina y en la jurisprudencia se considera en general el carácter «público» del asunto a tratar como el criterio diferencial a la hora de

realizar una ponderación de bienes, dejando la cualidad de la persona implicada relegada a un segundo plano.

3.4. La libertad de expresión en el Código Penal. Especial referencia al delito de apología del terrorismo

De acuerdo a lo establecido por la Constitución debemos buscar el desarrollo de los límites que ella misma impone a la libertad de expresión en las Leyes civiles y penales. En lo que respecta al Código Penal, encontramos numerosos delitos que implican un necesario recorte de las libertades de expresión e información, no solamente en cuanto a los delitos relativos al honor, contenidos en el Título IX, sino también los contenidos en el Título X, delitos contra la intimidad y contra el derecho a la propia imagen.

En estos casos la capacidad de los bienes jurídicos protegidos para jugar como límites de la libertad de expresión es claro e indiscutible por estar expresamente reconocido en el art. 20.4 de la Constitución. Pero existen otros tipos penales cuya capacidad limitativa está muy discutida. Es el caso del delito de apología del terrorismo, donde la posible justificación de su existencia podría encontrarse en un concepto tan abstracto como el de «orden público» o «paz pública»¹⁰¹.

Este es, además, un caso cuyo análisis resulta especialmente interesante por el desarrollo que ha sufrido a la largo de la historia de la Legislación, siempre en relación a las numerosas críticas que su existencia mereciera por su posible incompatibilidad con las normas que protegen la libertad de expresión. Esta situación llevó al legislador de 1995 a asociar indivisiblemente la regulación de este figura a la provocación para delinquir. Así, el Código penal en su art. 18 pasó a definir a la apología como «la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor». De esta forma la figura se presentaba como una forma de provocación que tendría lugar si «por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Más allá de la posible pérdida de identidad del delito de apología, al pasar a ser una subespecie de la provocación¹⁰², la decisión legislativa fue celebrada por la doctrina en cuanto parecía

98. Jaen Vallejo, M.: «Libertad de expresión...», ob. cit., pág. 49.

99. Carmona Salgado, C.: «El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del código penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1990, pág. 262. De la misma autora también ver: «Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen», en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1995, pág. 408.

100. Al respecto encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional 232/1993 donde se manifiesta que aún en cuanto estén involucrados personajes públicos y el asunto objeto de las declaraciones este relacionado con un asunto de interés público como es la solución de un crimen «si el contenido de la información es, en principio, lesiva del honor de una persona ha de guardarse de darle difusión a menos que, de algún modo, evidencie que, por la conexión de la información con un hecho relevante —conexión que ha de hacerse patente—, aquélla puede participar del interés social de éste».

101. González Guitián, L.: «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el proyecto de 1980», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1981, pág. 308.

102. En este sentido se manifiestan Cobo del Rosal y Quintanar Díez quienes entienden que la lamentable redacción del art. 18.2 que configura a la apología como forma de provocación requiriendo la incitación directa a la comisión de un delito convierte el precepto en inservible a los efectos de persecución de actos que entrañan la justificación del terrorismo o el propio enaltecimiento de

dejar zanjada la vieja polémica acerca de la constitucionalidad de este delito¹⁰³.

No obstante la originaria intención del legislador, la inexistencia de una tipificación específica del delito de apología del terrorismo, al margen del delito de provocación, hizo que la jurisprudencia utilizara al delito de colaboración con banda armada de una manera un tanto forzada para incriminar el tipo de conductas propias de la apología¹⁰⁴. Así, el legislador dando marcha atrás a sus decisiones, dió un primer paso para volver a incriminar esta conducta en 1998 con la LO 2/1998, que incorpora un tipo de amenazas con finalidad terrorista. La propia Exposición de motivos de esta norma indicaba que el tipo

venía a cubrir un vacío o escalón intermedio entre un delito de amenazas con sujeto pasivo plural concreto, y un acto preparatorio de apología¹⁰⁵.

Pero será con la Ley 7/2000 que vuelve a tipificarse el delito de apología terrorista¹⁰⁶. Con esta reforma, la nueva redacción del art. 578 del Código penal dispone que: «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años¹⁰⁷».

sus autores. No obstante, los citados autores comparten con el resto de la doctrina las dudas acerca de la constitucionalidad de la tipificación de la apología como delito autónomo. Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español*, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 1054. También en este sentido: Cerezo Mir, J.: «La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 1998, pág. 16.

103. No obstante, el art. 607.2 mantuvo latente el tema de la inconstitucionalidad del delito de apología, refiriéndose en este caso a la apología del genocidio. Al respecto Cuerda Arnau señala que este tipo es inconstitucional «porque a su amparo es posible castigar conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión, vicio que afecta al núcleo central del tipo y, por consiguiente, impide el recurso a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho y debe llevar a nuestros tribunales a suscitar, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad». Cuerda Arnau, M. L.: «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en *Revista del Poder Judicial*, Madrid, 1999, pág. 56. Contra esta opinión se pronuncia Manzanares Samaniego quien propugnaba por la creación para los delitos de terrorismo de un tipo de similares características al de apología del genocidio. Manzanares Samaniego, J. L.: «La apología delictiva», en *Actualidad penal*, Madrid, 1997, pág. 763.

104. Buena muestra de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997. Esta resolución reacciona frente a la práctica de la Organización Herri Batasuna consistente en la cesión de espacios televisivos a ETA durante la campaña electoral, facilitándole un cauce privilegiado para dar a conocer sus comunicados. Los videos remitidos por la Mesa Nacional de Herri Batasuna a los medios de comunicación anunciaban las condiciones para el cese de la violencia advirtiendo, en caso contrario, sobre la continuidad en la lucha armada. Las originarias acusaciones por los delitos de colaboración con banda armada y apología del terrorismo, derivaron en la absolución por el delito de apología y la condena por el delito de colaboración. Manifestándose en contra de esta situación: Asúa Batarrita, A.: «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre de la Sala Penal del Tribunal Supremo, La Ley 1998, 10)», en *La Ley*, Madrid, 1999, pág. 1639. Al respecto también ver: Carbonell Mateu, J. C. en Boix Reig, J, Vives Antón, T. S. y otros: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1999, pág. 867.

105. Al respecto ver: Requejo Conde, C.: «El nuevo delito de amenazas con finalidad terrorista», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1999, pág. 659.

106. Las Disposiciones Generales de la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre, (de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo) con relación al nuevo delito de apología sostiene: «Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del propio Código constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen, o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal». Decimos que los argumentos esgrimidos por el legislador resultan insuficientes, ya que aunque pretenda señalar que su objetivo no es el de prohibir la expresión de ideas aunque estas atenten contra el orden constitucional, no otorga ningún argumento decisivo para entender que esto sea así. Además el art. 578 no añade más elementos a la conducta que la mera exaltación o justificación de los delitos terroristas. Creemos que el legislador era consciente de antemano de las críticas que recibiría el nuevo art. y que se esforzó por alejar las sospechas acerca de la constitucionalidad del mismo aunque no encontró mejores argumentos que los de la propia intención de la Ley.

107. Según esta redacción el tipo puede ser dividido en dos partes, la primera contiene al mencionado delito de apología, y la segunda incorpora dos figuras que se acercan al ámbito de los delitos contra el honor y la integridad moral al referirse al «menosprecio» o «humillación» causados a las víctimas del terrorismo o a sus familias. Sólo la primera de estas figuras resulta relevante desde el punto de vista de nuestro estudio.



El contenido dado a este delito ha reabierto las clásicas críticas que preceptos de esta naturaleza han venido generando en la doctrina, debido a la dudosa constitucionalidad de sus determinaciones. Situación que se incrementa luego del Auto del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, en el que el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse acerca de la naturaleza del delito de apología del terrorismo¹⁰⁸. Esta es una cuestión que mantuvo dividida a la doctrina durante años. El punto central de la discusión se fijaba en tratar de determinar si la apología era una figura autónoma, o si, por otro lado, requería un ánimo incitador.

La dificultad para interpretar a la apología como un delito autónomo siempre estuvo encabezada por el posible enfrentamiento con las normas que protegen a la libertad de expresión. Así se creía que la única forma de dotar a este delito de una justificación constitucional era establecer este requisito relacionado con el ánimo de incitar¹⁰⁹. De esta forma ya no se trataba solamente de incriminar una mera manifestación de ideas, sino de evitar una invitación a delinquir.

No obstante ello, el Tribunal Supremo en el caso planteado, confirmó a la apología como un delito autónomo sosteniendo que la misma tiene la naturaleza de un «delito de opinión». Así, bastará la mera exaltación de actividades delictivas para que se den los presupuestos del art. 578, ampliando senciblemente su ámbito de aplicación. A nuestro juicio, la expresión «delito de opinión» es un contrasentido. Un tipo delictivo no puede encontrar su fundamento simplemente en que la conducta consista en una «manifestación de ideas», por muy lejanas que las mismas puedan resultar a nuestra forma de pensar y de sentir. Este

camino para interpretar el delito de apología nos lleva a entender que se trata de una norma inconstitucional por atentar contra el derecho a la libre expresión. Como señala Del Rosal Blasco «la exigencia del ánimo incitador marca el límite entre lo que podría ser un comportamiento fundamentador de un injusto penal y lo que, en cualquier caso, es una mera expresión de pensamientos. Así debe ser, si no queremos, por la vía del castigo a meras adhesiones ideológicas, limitar el ámbito de la libertad de expresión»¹¹⁰.

Coincidimos plenamente con Carbonell Mateu cuando señala que la apología no puede entenderse si no es mirando al delito futuro¹¹¹; por ello, con la actual redacción del art. 578 creemos que la única vía para limitar el alcance del tipo es considerar que se trata de un acto preparatorio, de una incitación indirecta a la comisión de hechos delictivos, requiriendo en todo caso, además de la conducta objetiva de exaltar las actividades de grupos terroristas, el elemento subjetivo caracterizado por la voluntad de determinar a terceros a repetir estos hechos. Si bien de esta forma continúa siendo discutible la fundamentación de la incriminación de la conducta, la misma se aleja en parte de la violación del derecho a la libertad de expresión que puede significar la existencia de meros delitos de opinión¹¹².

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. DERECHO AL HONOR: TEORÍA DE LA POSICIÓN PREFERENTE O PONDERACIÓN DE INTERESES?

No cabe duda alguna de la importancia que reviste la libertad de expresión en una democracia en cuanto posibi-

108. El auto en cuestión tenía como objeto determinar la posibilidad de juzgar en territorio español la conducta del miembro del Parlamento Vasco Arnaldo Otegui, quien pronunció la expresión «Gora Euskadi ta askatasuna» en un mitin celebrado en territorio francés. Para ello, la única opción posible era recurrir al principio de persecución universal, al cual se encuentran sujetas las conductas constitutivas de terrorismo.

109. En la línea comentada, tras la aprobación del texto de 1995, Del Rosal Blasco concluye que la justificación de la incriminación de esta conducta requiere de un límite objetivo y de un límite subjetivo. El primero esta determinado por el hecho de alabar, elogiar o defender la comisión de delitos frente a lo que es una mera aprobación, asentimiento o conformidad; y el límite subjetivo requiere el ánimo incitador. Si bien este ánimo no es una exigencia expresa del legislador, el mencionado autor considera que las normas penales deben ser interpretadas conforme al principio jerárquico, lo que requiere inevitablemente que esta tarea se realice según la Constitución. Del Rosal Blasco, B.: «La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995», en *Cuadernos de política Criminal*, Madrid, 1996, pág. 84. En contra: González Guitián, L.: «Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el Proyecto de 1980», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1981, pág. 308. Del mismo: «La apología en la reforma penal», en *V Jornadas de profesores de Derecho Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Facultad Complutense de Madrid*, núm. 6, Madrid, 1983, pág. 390. En el caso de Arroyo Zapatero, el autor si bien defiende la autonomía del tipo de apología, también insiste en la necesidad de que se verifique el elemento subjetivo para su configuración. Arroyo Zapatero, L.: «La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1981, pág. 394.

110. Del Rosal Blasco, B.: «La apología delictiva...», ob. cit., pág. 82.

111. Carbonell Mateu, J. C.: «Apología de los delitos...», ob. cit., pág. 241.

112. En el contexto del problema del terrorismo no es de extrañar que se busquen medios para recobrar la credibilidad que el Derecho penal ha perdido en este ámbito como instrumento de protección de los valores fundamentales. Sólo a ello podría responder la creación de una figura que sólo tipificara la expresión de posturas ideológicas indignantes. Estas normas permiten crear el espejismo de que el Derecho penal cuenta con instrumentos para dar solución a todas las conductas que se realizan en el entorno del terrorismo. Pero lo cierto es que la diferencia entre la lucha emprendida por los grupos terroristas y el Estado es que este se mueve

lita la existencia de la opinión pública, pero como ya mencionamos, también son muchos los motivos a los que podemos acudir para solventar la importancia de algunos derechos individuales tales como el honor o la intimidad. Por ello no nos parece adecuado hablar de una prevalencia o preferencia de algunos derechos fundamentales sobre otros.

Siguiendo este criterio, el punto de partida de nuestra legislación se diferencia en gran medida de la americana. En esta última el principio general indica que la libertad de expresión no podrá ser limitada por las leyes que reglamenten su ejercicio. Si bien esta declaración no indica que la libertad de expresión se trate de un derecho absoluto, ya que posteriormente se establecerá en qué medida podrá afectar a otros derechos, si indica una voluntad de otorgar prioridad a la libertad de expresión sobre los derechos de la personalidad¹¹³.

Podría sostenerse incluso que la situación en nuestro país es totalmente contraria. El art. 20.4 está redactado de forma tal que permite interpretar que la libertad de expresión debe ceder toda vez que se afecte a uno de los derechos enumerados en esta norma, aunque ya hemos comprobado que esta interpretación no sería correcta y que no cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina. Lo que si resulta indudable, por otro lado, es la simetría entre la norma mencionada y las previsiones que con respecto a este

tema realiza la Constitución alemana¹¹⁴. En ambos casos se establece que los límites a la libertad de expresión vendrán dados por las leyes que reglamenten su ejercicio, mencionando además de forma particular a la posible confrontación con el derecho al honor y las normas para la protección de la juventud¹¹⁵.

La similitud se verifica también en el sistema utilizado a la hora de resolver los conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor: la ponderación, es decir, el análisis detallado de los casos que nos permita frente a las particulares circunstancias de cada situación decidir cual es el bien jurídico que predomina. Ello a pesar de que, como ya observamos, el Tribunal Constitucional alemán ha venido desarrollando una doctrina que concede en la práctica una marcada primacía a la libertad de expresión; situación que ha sido duramente criticada por la doctrina¹¹⁶.

Ahora bien, esta conclusión que indica que el sistema más acertado es el análisis caso por caso no implica que deba dejarse librada la decisión totalmente al juez, este sería un sistema que, como indica Vives Antón¹¹⁷, también adolecería de importantes deficiencias en cuanto dejaría librados a la decisión del juez asuntos de suma importancia como puede ser el alcance de los derechos fundamentales, por ello será necesario que las leyes que reglamentan el ejercicio de estos derechos desarrollen cri-

dentro del marco de la legalidad, y por tanto se encuentra limitado por derechos y garantías, lo que si bien hace que en muchos casos la lucha sea desigual, marca el límite entre la barbarie y el Estado de Derecho. Al respecto encontramos la opinión de Cuerda Arnau quien al referirse a la apología como tipo autónomo sostiene que la única forma de fundamentar su incriminación se encontraría en la prevención general positiva en la medida en que esta conducta podría socavar la confianza en el Derecho y la eficacia simbólica que tienen las normas. A pesar de ello, la autora niega que esta fundamentación sea suficiente y se decanta por la apología como forma de provocación. Cuerda Arnau, M. L.: «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1995, pág. 107. En nuestra opinión, la prevención general positiva no puede ser utilizada como única fundamentación de la intervención jurídico penal. Esta tendencia enlaza con una tradición que confiere al Derecho penal la misión de conformación de valores morales en la colectividad, al tratar de crear por la fuerza una adhesión interna del sujeto a la norma. No es objetivo del Derecho crear valores morales en los sujetos. El concepto de prevención general positiva sólo puede ser utilizado de acuerdo a una función limitadora, como afirmación de los principios y garantías que frenan el ejercicio del monopolio de la violencia con que cuenta el Estado. En este sentido: Mir Puig, S.: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pág. 129. Del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1998, pág. 50. García Arán señala que la función integradora de la prevención general no puede llevarse a cabo si las penas que se establecen y se aplican son desproporcionadas ya que no podrán ser sentidas como justas por la sociedad. García Arán, M.: *Fundamentos y aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pág. 41. «la prevención general positiva sólo puede ser utilizada como límite de la utilización del poder punitivo del Estado y a favor del reo». Pérez Manzano, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1986, pág. 292. Si bien es deseable politicosocialmente prevenir la comisión de ilícitos en general y desde un principio, cual es la meta de la prevención general, no se puede dejar de lado que el castigo por motivos de la misma sólo pesa sobre el autor con motivo de la comunidad. Roxin, C.: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, (Traducción por Luzón Peña, D. M. y otros), Madrid, 1997, pág. 93. También al respecto ver: García Rivas, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, pág. 34. Lesch, H. H.: *La función de la pena*, (Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Madrid, 1999, pág. 28. Gracia Martín, L.: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, pág. 58.

113. Ello a pesar de que el sistema en muchos momentos de su historia a otorgado a la libertad de expresión una protección muy débil. Al respecto ver cita núm. 7.

114. También resaltando esta simetría Jáen Vallejo indica que «el art. 20.4 de la CE reproduce casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana (GG)». Jaén Vallejo, M.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 33.

115. Además de los derechos a la intimidad y a la propia imagen mencionados por la CE.

116. Ver cita núm. 63.

117. Ver cita núm. 90.

terios que permitan definir sus límites¹¹⁸. Ello no deberá alarmar pensando que puedan ser las leyes de rango inferior a la Constitución las que establezcan los límites a los derechos fundamentales en ellas contenidos, porque es la misma Constitución la que autoriza esta reglamentación y porque tal como lo establece la doctrina mayoritaria alemana, estas leyes deberán redactarse en todo caso de acuerdo al espíritu de la Norma Fundamental¹¹⁹. Además ello implica una negativa a la posibilidad de que la jurisprudencia desarrolle determinados criterios no contenidos en la Ley.

Por otro lado, no creemos adecuado sostener que la enumeración de los límites contenida por el art. 20.4 de la Constitución sea meramente ejemplificativa. Por el contrario creemos que esta opinión conlleva a la inseguridad jurídica permitiendo crear tipos delictivos con capacidad para lesionar la libertad de expresión cuyos bienes jurídicos son abstractos e indeterminados. Esta incapacidad legislativa para la creación de nuevos límites a los derechos fundamentales independientes de los reconocidos por la Constitución, no determina, como ya ha quedado claro, la incapacidad para su desarrollo. Por tanto, lo que le corresponde al legislador penal es crear tipos delictivos que determinen cuando un comportamiento excede los límites a la libertad de información consumando una lesión al bien jurídico honor¹²⁰.

Esto es lo que sucede con el art. 205 del Código penal, donde el legislador del año 1995 decide incluir junto con

la descripción del tipo de calumnias la expresión «con temerario desprecio hacia la verdad». De esta forma el requisito de la veracidad establecido por la Constitución para la vigencia de la libertad de información no se corresponde con un concepto objetivo de verdad que podría exigir una absoluta correspondencia de lo dicho con la realidad, sino que por otro lado se requerirá una actitud de diligencia hacia la comprobación de la misma. Esta decisión implicará la traslación de la tradicional causa de justificación de las calumnias a sede de tipicidad. De esta forma se posibilita que las prescripciones contenidas en la Constitución de forma genérica encuentren una debida concretización.

Resulta además notable la coincidencia que a partir de nuestro estudio puede inferirse en cuanto a los criterios que tanto la Ley como la jurisprudencia han desarrollado en los distintos países como límites a estos derechos. Así se verificará una marcada recurrencia al criterio del carácter público de la persona objeto de las críticas; situación que como ha remarcado Hilgendorf no deja de tener un cierto riesgo¹²¹. Por otro lado se reiterará también el criterio de la afectación a la dignidad de la persona como límite que vendrá determinado para las injurias en los casos de juicios de valor, y en el supuesto de manifestación de hechos, su posible falsedad; pudiendo en todo caso variar el criterio para determinar el grado de diligencia que se puede exigir en la comprobación de la veracidad de los hechos.

118. Bacigalupo, analizando las posibilidades de justificar la lesión al honor en el delito de injurias mediante la libertad de expresión critica la postura de la jurisprudencia en algunas sentencias que niegan esta posibilidad, indicando que la libertad de expresión carece de capacidad justificante. Así el autor considera que esta posición implicaría que el Código penal determinara los límites de los derechos fundamentales en la Constitución decidiendo sobre la posición preferente de unos en relación con otros. También considera que esta postura puede provocar reparos desde el punto de vista del art. 9.3 que garantiza el principio de jerarquía normativa, en la medida en que impone al legislador ordinario también el respeto de la Constitución como norma de rango superior. En virtud de ello, el autor propone llevar a cabo un sistema de ponderación de intereses, que se iniciaría en todo caso por la comprobación del cumplimiento de los límites de la libertad de expresión. Bacigalupo, E.: «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 21. Coincidimos con el autor en cuanto consideramos que el Código penal no puede negar la capacidad justificante de la libertad de expresión sobre el derecho al honor, no obstante si creemos que es deseable que el Código penal desarrolle los requisitos de estos límites a través de la redacción de sus tipos.

119. Ver cita núm. 33.

120. Refiriéndose al derecho a la intimidad y a favor de este criterio: Luzón Peña, D. M.: «Protección penal de la intimidad y derecho a la información», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 210.

121. Ver cita núm. 63.