

Antonio-Luis Martínez-Pujalte
UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

LIBERTAD DE PRENSA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones, de *Fernando M. Toller*, prólogo de *Ramón Daniel Pizarro*, y presentación de *Pedro Serna Bermúdez*, La Ley, Buenos Aires, 1999, 720 págs.

Nos encontramos ante un brillante y documentado estudio —versión revisada de la tesis doctoral del autor, realizada en la Universidad de Navarra bajo la dirección del profesor Pedro Serna—, que intenta ofrecer una respuesta precisa y fundamentada al siguiente interrogante: si pueden ser constitucionalmente legítimas las prohibiciones judiciales de publicar determinadas informaciones, de las que resulten perjuicios graves e irreparables a derechos fundamentales y bienes públicos. Como el título de la obra pone de relieve, se trata de analizar la incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva en la protección de los ciudadanos frente a daños derivados de extralimitaciones en el ejercicio de la libertad de información, y de explorar, en concreto, las posibilidades de que esa tutela pueda ser dispensada con carácter preventivo.

No cabe duda de que estamos ante un problema de enorme trascendencia, cuya adecuada solución es básica para perfilar de un modo acabado el régimen constitucional de la libertad de prensa. De una libertad que —resulta obvio, y se ha insistido en ello hasta la saciedad— desempeña en los ordenamientos democráticos una misión institucional especialmente relevante. A través del ejercicio de las libertades de expresión e información, se contribuye a la formación de la opinión pública, ofreciendo así a los ciudadanos los elementos de juicio necesarios para que puedan adoptar libre y responsablemente sus decisiones políticas, y puedan ejercer por tanto de una manera adecuada su derecho a participar en los asuntos públicos, que es la base de la democracia.

Esta importancia institucional de la libertad de prensa ha llevado a rodear el ejercicio de este derecho de particulares garantías, de entre las que cuenta con especial tradición en los sistemas democráticos la prohibición de la censura previa. Hay que tener en cuenta además que la dimensión institucional de las libertades de expresión e información —como de los restantes derechos fundamentales—, en la medida en que obliga a los poderes públicos a promover su más plena efectividad, les exige evitar cuidadosamente el efecto indirecto de desaliento para el ejercicio legítimo de los derechos que se produciría si se introdujesen especiales cautelas para impedir las extralimitaciones en los mismos¹. Puede resultar así que conductas materialmente informativas, pero que no constituyen un ejercicio de la libertad de información —por ejemplo, por la falsedad de su contenido—, encuentren una cierta protección derivada de la significación institucional de estos derechos fundamentales. Tales conductas obtienen, al menos, la tutela que resulta de la prohibición de la censura previa, que constituye una garantía absoluta que abarca todo tipo de actuaciones que entren en el ámbito material de la libertad de prensa, aun cuando no constituyan ejercicios legítimos de la misma.

Resulta también, sin embargo, que las extralimitaciones en el ejercicio de la libertad de información pueden ocasionar daños graves e irreparables a otros derechos fundamentales de los ciudadanos, que también merecen protección. El supuesto más evidente es quizás el del derecho a la intimidad. Como señala con toda claridad el autor, «cuando se daña el derecho a la reserva de la vida privada es nítido que la concreta parcela del bien jurídico que se afecta resulta *absolutamente destruida como tal intimidad* y ese daño es completamente irreparable. Es imposible retrotraer el hecho de que se ha conocido lo que se pretendía mantener en reserva, pues lo que era íntimo se ha hecho público» (pág. 217; el subrayado es del texto). La posterior exigencia de responsabilidad al informador que ha invadido ilegítimamente el ámbito de la intimidad en forma de una compensación pecuniaria al agraviado es una solución notoriamente imperfecta, pues deja intacto el daño producido. Cabe concluir, por tanto, que «la tutela judicial que usualmente el Derecho reserva para quien ha sido lesionado en su intimidad es inefectiva e inapropiada» (pág. 219). Y, desde luego, frente a tal situa-

1 Por citar un ejemplo reciente entre nosotros, cabe señalar que la línea argumental mencionada en el texto —evitar el desaliento al ejercicio de la libertad de expresión, que se derivaría de la sanción excesiva de una conducta materialmente expresiva, aun cuando no constituya un acto legítimo de libertad de expresión— es la utilizada por el Tribunal Constitucional para otorgar el amparo en la Sentencia 136/1999, de 20 de julio (caso *Mesa Nacional de Herri Batasuna*): cfr. especialmente fundamento jurídico 20º.

ción no cabe argumentar que la dimensión institucional de la libertad de información exige siempre preferir este derecho en sus eventuales conflictos con el derecho a la intimidad, pues la consecuencia de semejante jerarquización absoluta sería que «dimensiones muy básicas de la persona humana, como la intimidad, se encuentran indefensas frente a conductas que adquieren una mayor protección al venir consideradas como ejercicio de libertades que resultan preferidas en razón de su importancia estructural»².

Ante esta situación, cabe plantearse legítimamente una pregunta, que resume Pedro Serna en la presentación, y que es la que vertebra el trabajo que estoy comentando: «¿No posee el Derecho ningún remedio que, sin incurrir en los males de la censura previa, sea capaz de tutelar eficazmente los bienes y derechos afectados de manera grave e irreparable por los abusos en el ejercicio de la libertad de prensa?» (pág. XIII). La respuesta del autor es afirmativa. Ese remedio existe, y es la tutela judicial preventiva, que se concreta en este ámbito en la posibilidad de obtener una orden judicial de no publicar informaciones que lesionen de modo grave e irreparable derechos fundamentales o bienes públicos. El autor examina la legitimidad constitucional de esa forma de tutela en cuatro ordenamientos jurídicos: el inglés, el estadounidense, el argentino y el español. Tras un estudio jurídico-procesal de los mecanismos de tutela preventiva (capítulos I y II), y un análisis de los diversos derechos fundamentales y bienes públicos que pueden verse lesionados por informaciones (capítulos III a VI), el autor concluye ofreciendo un examen global de la legitimidad de las prohibiciones judiciales de publicar (capítulos VII y VIII), que desemboca en la elaboración de un test general de constitucionalidad de las mismas (capítulo VIII *in fine*). El libro se cierra con las conclusiones, y con un útil índice de jurisprudencia.

Sin que sea posible reconstruir en unas breves líneas la elaborada argumentación del autor, puede señalarse que la admisión de las prohibiciones judiciales de publicar descansa ante todo en dos pilares básicos: en una adecuada clarificación de la expresión «censura previa», que lleva a concluir que la tutela judicial preventiva no está incluida en la prohibición de la censura (págs. 561-577), y, sobre todo, en un esfuerzo de deli-

2 Pedro SERNA, «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», en *Humana Iura*, Pamplona, 4 (1994), pág. 208. Sobre los conflictos entre derechos puede verse también Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo de A. Ollero Tassara, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, págs. 126-141; Juan CIANCIARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000.

mitación adecuada del contenido del derecho a la información. Resume muy bien este último aspecto la conclusión 9ª del trabajo: «Si se aborda el problema de la prevención judicial de daños derivados de informaciones desde el punto de vista del derecho a la información, debe decirse que el núcleo esencial de ese derecho consiste en publicar lo que es verdadero y tiene interés público... Por ello, no siempre hay derecho a la información, y no todo lo que es fácticamente publicable lo es jurídicamente... En consecuencia, cuando en los casos apropiados se prohíbe que se difunda algo que es falso o que, siendo verdadero, no hay derecho a revelar, en rigor no se está vedando el legítimo ejercicio del derecho a brindar informaciones, ni restringiendo el legítimo interés del público en recibirlas. En esos supuestos tal derecho no existe, y no se puede, sino de modo impropio, denominar restricción de la libertad de prensa a la prevención judicial de daños que en esas circunstancias se ejercite» (pág. 673).

Naturalmente, estos argumentos no llevan a otorgar carta blanca a las prohibiciones judiciales de publicar. Tales prohibiciones sólo serán legítimas cuando esté suficientemente probado que la noticia que se va a difundir excede del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información y va a producir daños graves e irreparables a otros derechos fundamentales o bienes públicos, pues no sería adecuado que a través de estas medidas se coartase o se desalentase indirectamente el ejercicio legítimo de la libertad de información. El test de constitucionalidad de las medidas de tutela preventiva que el autor propone está encaminado precisamente a evitar estos riesgos, y a rodear la adopción de las mismas de rigurosas garantías que impidan su abuso. De esta forma, se pretende lograr una adecuada armonización entre la libertad de prensa y los derechos fundamentales o bienes públicos que podrían verse lesionados por la extralimitación en el ejercicio de aquélla.

Precisamente en relación con alguno de los requisitos que el autor exige para la licitud de las prohibiciones judiciales de publicar tengo alguna discrepancia con las tesis mantenidas en el trabajo. Concretamente, el autor rechaza la posibilidad de las prohibiciones judiciales de publicar noticias lesivas del honor o de la intimidad de personalidades políticas. Por lo que se refiere al honor, el autor admite, si bien con importantes salvedades, las prohibiciones judiciales de publicar informaciones lesivas del honor, es decir, imputaciones falsas de hechos deshonorosos. Sin embargo, introduce una excepción en relación con las personalidades políticas: «no parece conveniente conceder prohibiciones cautelares de continuar o de repetir una difamación, y menos

aún de realizar la primera publicación del tema... cuando el presuntamente deshonrado es un funcionario público, un candidato a ocupar un cargo público o una persona vinculada al mundo político, y lo que se afirma tiene relación con su función o, siendo algo ajeno a la misma, la influye directa o indirectamente de un modo relevante para la opinión pública» (pág. 212). Por lo que se refiere a la intimidad, los requisitos para conceder la tutela preventiva son menores, pues, como se ha señalado, la reparación *a posteriori* de los daños a la intimidad es prácticamente imposible. Resulta particularmente claro además que, si, como ya se ha dicho, el interés público constituye un elemento definidor del contenido al derecho a la información —lo que ha subrayado repetidamente nuestro Tribunal Constitucional, y se infiere fácilmente de una consideración teleológica, pues la garantía del derecho a la información obedece sobre todo a la finalidad de facilitar la libre formación de la opinión pública—, «una medida judicial que prohíba publicar algo privado y carente de interés público *no viola la libertad de prensa*» (pág. 223; el subrayado es del autor). En este contexto no se comprende bien que también a este respecto aparezca una excepción respecto a los personalidades políticas, y que nuevamente se excluya para ellas la posibilidad de una tutela preventiva. Según Toller, «existen situaciones donde lo que no debe revelarse nunca sobre un particular podría justificadamente publicarse con respecto a un político que aspira a la representación popular o la ostenta, a determinados funcionarios públicos, o, en general, a quienes están estrechamente relacionados con la vida política y estatal» (pág. 226).

Me parecen completamente inadecuadas tales restricciones, pues, a mi modo de ver, el ejercicio legítimo de la libertad de información debe ser delimitado *objetivamente* y no *subjetivamente*: en atención a la *materia* sobre la que se ejerce, y no a las *personas* a las que se refiere. En otras palabras: como expresamente admite Toller, los dos elementos que configuran el ejercicio legítimo de la libertad de información son veracidad e interés público. Estamos en el ámbito de la libertad de información al comunicar hechos veraces de interés público. Si el derecho al honor de una persona se ve lesionado por tratarse de una noticia falsa, o si el derecho a la intimidad se ve lesionado por tratarse de una información sobre la vida privada, la prohibición judicial de no publicar no lesiona la libertad de información, pues estamos en ambos casos ante conductas que rebasan el ámbito protegido por dicha libertad. No hay diferencia alguna en el tratamiento de las noticias sobre personalidades políticas: sobre la actuación pública de tales personalidades tampoco hay derecho a publicar noticias falsas, y so-

bre su vida privada no hay derecho a publicar noticia alguna, pues las informaciones sobre la vida privada de los políticos carecen de interés público. Por tanto, si un político es ofendido por la publicación de noticias falsas, o bien por la publicación de informaciones que aun siendo verdaderas sean relativas a su vida privada y no a su actuación pública, tiene derecho a la misma protección —incluso preventiva— que los restantes ciudadanos. No existe razón alguna para sostener —a pesar de que tal tesis se encuentra frecuentemente en la jurisprudencia— que el ámbito del derecho al honor o del derecho a la intimidad de las personalidades políticas sea más reducido, o que consecuentemente deban recibir una menor protección.

El profesor Toller también tiene serias dudas respecto de la posibilidad de extender las prohibiciones judiciales de publicar a las opiniones: por utilizar los términos que han cristalizado en el lenguaje constitucional español, a los supuestos en que la libertad presuntamente ejercida no sea la libertad de información (art. 20.1.d de la Constitución española), sino la libertad de expresión (art. 20.1.a). Se trata en este caso de una cuestión más bien colateral, pues el autor concentra su atención de manera especial, como el título del libro pone de relieve, en la tutela preventiva frente a daños derivados de informaciones. Pero en varios pasajes del libro señala sus reticencias respecto de la posibilidad de admitir las prohibiciones judiciales de difundir opiniones. Y también en este punto tengo que expresar mi discrepancia, pues, si en el ejercicio de la libertad de expresión caben extralimitaciones —ante todo, cuando del ámbito de la simple crítica se pase al de la burla, que se traduzca en injurias para determinada persona o en la ofensa a los sentimientos colectivos de una determinada comunidad³—, debe admitirse en línea de principio la posibilidad de prohibir preventivamente la difusión de tales mensajes, pues a través de ellos puede producirse una lesión irreparable al honor del mismo modo que la puede producir la publicación de una noticia falsa; o incluso con mayor intensidad, pues la publicación de una noticia falsa es en principio reparable mediante la restauración de la verdad, lo que no cabe en los supuestos en que el honor ha sido lesionado por meros insultos o burlas. Por tanto, las prohibiciones judiciales de publicar cabrían en estos casos con los mismos requisitos exigidos en los demás supuestos de tutela preventiva del derecho al honor.

3 Son los supuestos, por ejemplo, de las Sentencias del Tribunal Constitucional español 105/1990, de 6 de junio (caso *José María García*) o 214/1991, de 11 de noviembre (*Friedman versus Degrelle*), o de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Otto-Preminger-Institut contra Austria*, de 14 de septiembre de 1994 (esta última aborda un caso de tutela preventiva: cfr. el análisis de Toller en págs. 497-499 del libro).

En todo caso, el libro de Fernando Toller constituye ya una referencia obligada para el estudio de la tutela judicial preventiva frente a la prensa, y, en general, para toda aproximación al régimen constitucional de las libertades de expresión e información. Es, además, una obra que suscita importantes reflexiones en el ámbito de la teoría general de los derechos fundamentales, pues —como se expone en las págs. 411-426, destinadas a explicitar los presupuestos teóricos de partida— trata de huir de los habituales moldes impuestos por la visión conflictivista de los derechos procurando su armonización a través de la adecuada delimitación de su contenido esencial. Los resultados obtenidos en la investigación confirman, una vez más, que una mejor teoría de los derechos fundamentales redundará en una más eficaz protección de los mismos.

