

EL PROCESO PENAL COMO PROCESO DE AMPARO DEL DERECHO AL HONOR: COMENTARIO A LA STC 21/2000

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

I. La sentencia. II. El proceso penal como proceso de amparo. III. La sentencia penal como objeto del amparo. IV. La anulación de una sentencia absolutoria como consecuencia del amparo. V. Conclusiones.

I. La sentencia

1. Bajo el titular «Graves irregularidades en un concurso de 25.000.000.000 de pesetas de material militar», el diario *El Mundo* publicó un artículo en el que se afirmaba textualmente lo siguiente: «Altos cargos del Ministerio de Defensa, mandos militares y empresarios del sector de suministros bélicos han pactado de forma irregular y a cambio de comisiones millonarias, antes incluso de que sea convocado el concurso público, un contrato de 25.000.000.000 de pesetas para la venta al Ejército de Tierra de casi medio millón de equipos de soldado con los que constituir una reserva de vestuario ante la posibilidad de un hipotético conflicto».

El presidente y al vicepresidente de la Asociación de Empresas Suministradoras del Ministerio de Defensa, a quienes el artículo atribuía la organización de la operación, y ciertos altos cargos del Ministerio de Defensa entendieron que la información que ofrecía el periódico era ca-

luminosa, por lo que se querellaron contra el redactor de aquélla y contra el director de éste. Las querellas fueron archivadas por medio de un auto del Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid de 12 de febrero de 1996, confirmado en apelación¹ por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (auto de 18 de junio).

No reflejan los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional la argumentación de los órganos judiciales para tan prematura desestimación de la pretensión penal². Sí que se recogen algunas o todas las razones para el archivo de las querellas en el primero y en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia, aunque no con la claridad deseable en un aspecto clave para el enjuiciamiento constitucional solicitado: mientras que en el primer fundamento se dice que tanto el Juzgado de Instrucción como la Audiencia Provincial basaron sus resoluciones en la ausencia de ánimo de difamar, en el tercero se afirma que la *ratio decidendi* de la falta de prosecución de la acción penal lo fue el entendimiento de que los querellados actuaban en el ejercicio legítimo de su libertad de información, o esta razón unida a la primera³.

2. Los dos particulares afectados entendieron que estas resoluciones judiciales no amparaban su derecho al honor frente a una agresión injustificada por parte del redactor de la noticia y del director del periódico, por lo que buscaron la protección de su derecho en el Tribunal Constitucional⁴. El nervio de su queja era la falta de veracidad de la noticia, que la apartaría de todo cobijo en el ejercicio legítimo de la libertad de información⁵.

3. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional otorga a los recurrentes un amparo declarativo: declara que se les ha vulnerado su derecho al honor, sin acordar la anulación de las resoluciones judiciales contra las que se dirigían los recurrentes.

La argumentación que sostiene este fallo comienza, tras el resumen de lo que había sucedido y de las posiciones jurídicas de las partes en

¹ Y previamente en reforma.

² En coherencia con el entendimiento que el Tribunal tiene de su función en este tipo de conflictos de derechos fundamentales entre particulares sometidos posteriormente a jurisdicción. V. *infra* III.2.

³ Según el fundamento jurídico tercero de la sentencia que comentamos, la Audiencia Provincial entiende «*que la información publicada no podía considerarse falsa en su contenido ni intencionada en su divulgación*».

⁴ Los antecedentes de la sentencia no reflejan en qué consistió en concreto su pretensión de amparo.

⁵ Una segunda queja, de menor interés y a la que no haremos referencia en el comentario, se refería a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

el proceso de amparo (fundamento jurídico primero), con la precisión de los límites del enjuiciamiento constitucional (f. j. 2.º). Así, la sentencia proclama como punto de partida que «en el seno de un proceso penal pueden verse lesionados, no sólo derechos procesales, sino también derechos sustantivos con consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido» y que «por ello dichas declaraciones o consideraciones son susceptibles de control constitucional a través del recurso de amparo». Sentado así que el proceso penal es susceptible de control constitucional de amparo respecto al tratamiento de derechos sustantivos, se aclaran algunas de las fronteras de este control: que «no puede extenderse a analizar si concurren o no los elementos del tipo delictivo»⁶; que no sirve a la petición de una condena penal, ni puede comportarla como resultado, «ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena»; que, por ello y por razones de seguridad jurídica, «no puede conllevar la anulación de una resolución judicial materialmente absolutoria».

Establecidas estas premisas, y con el rigor argumentativo que le es habitual, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional procede a exponer las valoraciones de las resoluciones judiciales impugnadas relativas al derecho al honor y a su relación con la libertad de información (f. j. 3.º), y la doctrina constitucional al respecto (ff. jj. 4.º, 5.º y 6.º), para con estos datos resolver acerca de la corrección constitucional de aquellas resoluciones (ff. jj. 7.º y 8.º)⁷. Se constata así, en primer lugar, que los órganos judiciales estimaron que en el caso que se sometía a su consideración concurría la causa de justificación consistente en el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de información, puesto que «la información publicada no podía considerarse falsa en su contenido», ya que «el querellado, antes de publicar la noticia, inició una investigación tendente a verificar el contenido de la misma» (f. j. 3.º).

Al respecto, recuerda el Tribunal Constitucional que, en efecto, la dimensión institucional de la libertad de información, «uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática», hace que la misma prevalezca en su conflicto con el derecho al honor siempre que «por una parte, se refiera a hechos de relevancia pública, y, por otra, que dicha información sea veraz» (f. j. 4.º). Tal veracidad no equivale a «una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información», sino al cumplimiento por parte del informador de su deber de diligencia, con-

⁶ Sólo si se invoca la vulneración del derecho a la legalidad penal y sólo bajo la perspectiva de la razonabilidad de la interpretación judicial (SSTC 137/1997, 151/1997).

⁷ El último fundamento jurídico, el noveno, está dedicado a la resolución de la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

sistente en contrastar previamente con datos objetivos lo que se transmite como realmente acaecido (f. j. 5.º). «Determinar en qué consiste el deber de diligencia que, a estos efectos, es exigible a un profesional de la información no es una cuestión fácil», ni «puede precisarse *a priori* y con carácter general». Criterios relevantes en este análisis serán el descrédito personal al que conduzca la noticia y si la misma afecta a la presunción de inocencia del afectado, la trascendencia social de lo informado, la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado, si su objeto es la transmisión de lo que otro comunica o informa, y, entre otros muchos, compilados en la STC 28/1996, «la fuente que proporciona la noticia» o «las posibilidades efectivas de contrastarla» (f. j. 6.º).

A la vista de los razonamientos de las decisiones judiciales impugnadas y a la luz de la jurisprudencia sintetizada, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que «el informador no actuó con la diligencia constitucionalmente exigible y, en consecuencia, al no poder quedar amparada su actuación por su derecho a la información, vulneró el derecho al honor de los ahora recurrentes en amparo al haberles imputado un hecho constitutivo de delito» (f. j. 8.º). Si bien es verdad «que el periodista realizó una actividad de averiguación en relación con parte de los hechos sobre los que versó la noticia —que determinadas empresas poseían información respecto de un futuro contrato de suministros del que no había sido publicado todavía el pliego de condiciones—, respecto de otros de los hechos a los que se hacía referencia en la información publicada, en concreto, el que afirmaba que los empresarios del sector —identificándose entre éstos a los ahora recurrentes en amparo— habían pagado comisiones millonarias, no se desplegó más actividad probatoria que la de remitirse a la información que sobre este hecho le habían proporcionado fuentes indeterminadas» (f. j. 7.º). Esta actividad de indagación desarrollada por el en su momento querellado debe reputarse como insuficiente a la vista de que de lo que afirmaba en la noticia era nada menos que la comisión de un delito por parte de varias personas y, entre ellos, por parte dos particulares (f. j. 8.º).

4. De esta sentencia fue ponente el magistrado Viver i Pi-Sunyer y del fallo y de parte de su argumentación disiente en un voto particular el magistrado Vives Antón, expresando así una discrepancia que empieza a adquirir ya cierta raigambre y que se refiere a una cuestión de tanta trascendencia como es la del modo de entender el amparo constitucional frente a decisiones penales.

Sostiene Vives Antón, en esencia, que «el ejercicio de la acción penal no es vía previa apta para entender que se han agotado los recursos uti-

lizables frente a la posible vulneración del derecho al honor». En general, la vía penal sólo es una vía previa al amparo constitucional «cuando en ella se han vulnerado los derechos fundamentales del imputado o las garantías básicas inherentes al proceso justo» y no «cuando se aduce una vulneración de derechos materiales de carácter fundamental de las partes acusadoras». Ello sería así, por de pronto, porque, en palabras de la STC 41/1997, la pretensión punitiva no pertenece al contenido de los derechos fundamentales: «la tutela penal no se anuda inmediatamente a la realización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales; sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la mediación de la ley». El derecho de acción penal no forma parte de ningún otro derecho sustantivo, sino que se manifestaría como un peculiar *ius ut procedatur* en el que se solicita al Estado que ejerza la potestad punitiva, sin que, como afirma la jurisprudencia constitucional, pueda constituir el recurso de amparo «una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades».

Concluye así Vives que «el proceso penal no puede ser vía previa de amparo de derechos fundamentales sustantivos, pues ningún contenido específico de éstos se ventila en él». El entendimiento contrario conduce además a prácticas erróneas o disfuncionales, tales como analizar desde la perspectiva constitucional afirmaciones que se realizan únicamente desde la óptica de la represión —en concreto: es diferente «el canon de diligencia que excluye la vulneración del derecho constitucional y el canon de diligencia que excluye la afirmación del elemento del delito que consiste en que la imputación sea falsa o inveraz»—; situar la respuesta del Tribunal Constitucional antes de otras respuestas de la jurisdicción ordinaria y no, como debería, al final de las mismas; u otorgar finalmente la posibilidad de que el recurrente acuda a la jurisdicción civil cuando probablemente su acción haya prescrito ya.

II. El proceso penal como proceso de amparo

1. El interés de esta sentencia no radica en novedad alguna en la ponderación de los límites del derecho al honor y de la libertad de información cuando entran en conflicto, ni en el modo concreto en el que dicha ponderación ha sido realizada en el caso concreto. La elaborada argumentación de la sentencia y la intensa remisión a resoluciones precedentes muestran una solución constitucional previsible a partir de una doctrina jurisprudencial que se muestra firmemente consolidada

en cuanto a las pautas que demarcan la frontera material esencial de los derechos en conflicto.

Donde se encuentra el atractivo jurídico de esta sentencia es en su afrontamiento explícito o implícito de tres cuestiones que son doctrinalmente polémicas, que se refieren a la propia estructura de la protección constitucional del honor, y que por ello, en cuanto previas a las expresadas en el párrafo anterior, pueden resultar aún más trascendentes que las mismas. Es la primera la de si puede lesionar el derecho al honor una resolución penal que absuelva injustificadamente al acusado de calumnias o injurias: si la vía penal es una vía de amparo cuyo tránsito infructuoso posibilita que quien se siente víctima de un delito de injurias o calumnias acuda en amparo al Tribunal Constitucional. La segunda pregunta lo es por el modo de análisis de este tipo de conflictos por parte del Tribunal Constitucional: si se trata de analizar si un particular lesionó de un modo constitucionalmente injustificado el honor de otro particular, o si se trata más bien de analizar si el órgano judicial —penal o no— amparó adecuadamente desde la perspectiva constitucional a quien se decía víctima de una intromisión ilegítima en su honor, cosa que es bien distinta. En otros términos: si debe resolver directamente el conflicto entre particulares y cotejar su solución con la dada por los órganos judiciales, o si debe conformarse con comprobar que los órganos judiciales aplicaron la Constitución y lo hicieron razonablemente, con independencia de si la aplicación concreta al caso del propio Tribunal Constitucional hubiera sido divergente. La tercera cuestión jurídica es una cuestión atinente a las consecuencias del amparo: si en concreto respecto a las resoluciones absolutorias de delitos de calumnias e injurias, y en general respecto a las resoluciones penales absolutorias, cabe que una de las consecuencias del amparo sea la anulación de tales resoluciones, o si, en cambio, por razones de seguridad jurídica o por otro tipo de razones, debemos resignarnos en estos casos a un amparo meramente declarativo y potencialmente indemnizatorio.

2. La primera de las cuestiones, objeto de este epígrafe, tiene aún el aroma de lo nuevo. Tradicionalmente se viene operando en la jurisprudencia constitucional con el entendido de que la vía penal es una vía de amparo del derecho al honor, de modo que puede dar lugar al amparo una absolución penal en materia de calumnias e injurias sustentada sobre un entendimiento constitucionalmente erróneo del derecho al honor o, en concreto, de la justificación de su lesión por el ejercicio de las libertades de información o de expresión⁸. El otro baluarte ya co-

⁸ V. por ejemplo SSTC 297/1994 (f. j. 5.º), 31/1996 (f. j. 9.º; respecto al derecho a la libertad personal), 41/1997 (f. j. 3.º: es un «hecho innegable» el «que la pena puede

nocido de esta solución es la consolidada interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 44.1 de su ley orgánica en el sentido de que constituye en sí misma una vulneración del derecho fundamental en cuestión por parte del órgano judicial la mera omisión de amparo al particular lesionado en tal derecho por otro particular⁹. Recuérdese que, según la citada ley orgánica, el amparo sólo es impetrable frente a actos de los poderes públicos, de modo que el acceso al amparo de las lesiones realizadas por particulares sólo es posible si se entiende como lesiva del mismo derecho la posterior omisión judicial del reconocimiento de tal lesión.

Como señalan los comentaristas de la jurisprudencia constitucional de la Revista de Derecho Constitucional¹⁰, este debate en torno a la articulación de las jurisdicciones penal y constitucional sólo cobra fuerza a partir de 1997, y tiene sus hitos principales en las sentencias 41/1997 (ponente: Vives Antón), 74/1997 (ponente: De Mendizábal Allende; voto particular de Viver i Pi-Sunyer), 218/1997 (ponente: Viver i Pi-Sunyer) y 21/2000 (ponente: Viver i Pi-Sunyer; voto particular: Vives Antón). La tesis nueva que en ellas es objeto de debate, sin lograr imponerse, es la que resume el voto particular a la STC 21/2000 que ya antes hemos sintetizado pero que aún, al hilo de la presente exposición, procedemos a recordar. Según la misma, el proceso penal no es una vía adecuada para solicitar el reconocimiento de la vulneración de un derecho fundamental y para reclamar su restablecimiento, sino la vía a través de la cual el Estado ejerce su potestad punitiva dentro de los precisos límites materiales y procesales que demarca la ley; de ahí que como para acudir al proceso constitucional es necesario que «el interesado haya procurado diligente y exhaustivamente la satisfacción de su pretensión ante la jurisdicción ordinaria y prontamente ante la constitucional»¹¹ y como el proceso penal no sería un proceso de amparo para quien como

erigirse en medio de tutela de los derechos fundamentales, cuando la vulneración frente a la que se solicita dicha tutela sea constitutiva de infracción criminal»), 232/1998. V. también, pero respecto al derecho a la inviolabilidad de domicilio, el ATC 175/1997: «Ciertamente, si la interpretación del derecho a la inviolabilidad del domicilio realizada por los órganos judiciales fuera contraria al contenido constitucional de este derecho, este Tribunal, en su función de intérprete supremo de la Constitución, podría corregirla» (f. j. 4).

⁹ En profundidad, por todos, J. M. BILBAO UBILLOS, «La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares», Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1997, págs. 135 y ss.

¹⁰ J. L. REQUEJO PAGÉS, J. C. DUQUE VILLANUEVA, M. J. TEROL BECERRA, y F. CAAMANO DOMÍNGUEZ, en el núm. 50 (1997), pág. 153.

¹¹ ATC 229/1996: «La LOTC prevé en su art. 44 una serie de requisitos de procedibilidad del amparo impetrado frente a actuaciones judiciales. Estos requisitos tienden, en síntesis, a reservar la actuación de este Tribunal a aquellos supuestos en los que el interesado ha procurado diligente y exhaustivamente la satisfacción de su pre-

víctima de un delito se siente víctima de la vulneración de uno de sus derechos fundamentales, resultará que para poder acudir en amparo al Tribunal Constitucional con la vía judicial previa ensayada y agotada no bastará con haber instado el procedimiento penal y haberlo impulsado hasta su finalización, sino que habrá de haberse hecho lo propio con alguno de los cauces procesales existentes destinados realmente a la protección del derecho vulnerado.

3. En mi opinión, *la posición que mantiene la sentencia 21/2000 en el debate enunciado constituye la más juiciosa de las alternativas: porque es la más coherente con el entendimiento común del ordenamiento jurídico y con los efectos reales de los procedimientos penales; porque es la que preserva en mayor medida la efectividad de la tutela judicial; porque es la que provee de una mayor protección jurídica general del derecho al honor.*

A) Forma parte en efecto de la comprensión más común del ordenamiento jurídico por parte de legos y de juristas la de que la vía penal es una vía de protección del honor de quien se siente calumniado o injuriado. Es más: se entiende doctrinalmente que, en general, con respecto a cualesquiera bienes, derechos o intereses, el Derecho Penal y el proceso penal que encauza su aplicación constituye el modo más contundente de protección de los mismos¹². Esto es lo que con nitidez presupone la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona¹³.

tensión ante la jurisdicción ordinaria y prontamente ante la constitucional. Si un sujeto estima que una acción o una omisión judicial ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales ha de ponerlo de manifiesto inmediatamente al órgano agente de la infracción, ha de perseverar en su invocación en el itinerario procesal, y ha de acudir a esta sede con presteza cuando dicha vía culmina» (f. j. 2).

¹² Así se pronuncia la STC 241/1991: «(...) la pretendida infracción del art. 18.1 CE fundamentada en la desprotección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como consecuencia de la imposibilidad de obtener protección frente a las intromisiones ilegítimas en los mismos mediante el ejercicio de las acciones civiles previstas por la Ley Orgánica 1/1982, tampoco puede prosperar, pues cuando los hechos sean efectivamente constitutivos de delito de desacato, los referidos derechos fundamentales —y no sólo ellos, dada la finalidad del tipo delictivo, tal como ya se ha advertido anteriormente— encontrarán la debida protección penal, cuya más fuerte efectividad no ha dudado en proclamar el propio legislador en la exposición de motivos» [f. j. 3.º b)].

¹³ Ley 62/1978, de 26 de diciembre. En cumplimiento de la disposición final de esta ley, el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, amplía el ámbito de protección a, entre otros, el derecho al honor. La ley se refiere en su primera sección a la garantía jurisdiccional penal y habla, en su artículo 2.1, de cara a establecer ciertas reglas procesales, de «los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona» y en el artículo 4, específicamente, de los delitos de calumnia o injuria.

Quien se siente severa y dolosamente difamado por una información falsa puede pensar, y suele hacerlo, que la manera más razonable de proceder a la protección de su derecho al honor es interponer una querrela. No le conducirá prioritariamente a ello la intención de posibilitar el que la sociedad resuelva el conflicto que también con ella ha suscitado el difamador, sino el deseo de que se restablezca su honor con la correspondiente declaración judicial de falsedad injustificada, de que se le indemnice en consecuencia, y de que, además, se castigue al agresor y se aporten argumentos y motivación para que él no repita su conducta y para que otros no emprendan una similar. Si a nuestro calumniado o injuriado le decimos que en realidad su visión de las cosas es ilusoria, que el proceso penal no es un proceso pensado para proteger su derecho individual, y que el cauce único, o preferible, o auténtico, es el civil¹⁴, creará que los confundidos por extraños esquemas teóricos somos nosotros y que, sin menospreciar la llamada a la puerta de los juzgados de lo civil, la práctica jurídica le demuestra que él puede obtener en los juzgados de lo penal todo lo que él considera importante para el amparo de su maltrecho derecho al honor, y, en cualquier caso, todo lo que puede obtener en la vía civil, puesto que los mismos criterios aplicables en dicha vía serán aplicables en la penal en la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito¹⁵. Y probablemente con más rapidez. Nuestro interlocutor se sentirá además desconcertado por el hecho de que le digan que la vía civil es una vía de amparo cuando se ensaye sola y que deja de serlo cuando se funde con la civil en un proceso penal en el que también se solicite la responsabilidad civil derivada del daño al honor.

Es cierto que la vía penal es una vía parcial y peculiar de defensa del honor. Pero es una vía. Es una vía parcial porque, frente a la civil, que comprende todos los supuestos de intromisión ilegítima en el honor ajeno, la penal reduce su ámbito a los que el legislador considera más graves en atención a factores objetivos y subjetivos¹⁶. Es una vía pecu-

¹⁴ HERRERO TEJEDOR subraya que existen otros cauces de protección del honor distintos del civil y del penal: el contencioso-administrativo y el laboral («Honor, intimidad y propia imagen», Madrid, Colex, 1994, 2.^a, págs. 310 y s.).

¹⁵ Art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, reformado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (disposición final 4.^a).

¹⁶ En palabras de la STC 297/1994: «No era ésta, sin embargo, la única vía procesal por la que el recurrente podía hacer valer su pretensión, puesto que, como establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el derecho fundamental al honor, garantizado en el art. 18 de la Constitución, es susceptible de ser protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas. Es cierto que mediante una y otra vía, la penal y la civil, puede garantizarse el derecho fundamental que nos ocupa,

liar —todos los mecanismos procesales lo son en alguna medida— porque su finalidad última y principal es la determinación de la responsabilidad penal de una o varias personas, con lo que, si bien es cierto que la afirmación de dicha responsabilidad comporta necesariamente la de la vulneración del derecho al honor¹⁷, también lo es que una absolucón puede sustentarse no sólo en la negación de dicha vulneración, sino también y previamente en la ausencia de otro u otros de los requisitos típicos del delito correspondiente de injurias o calumnias¹⁸. Este hecho será infrecuente, pues el razonamiento jurídico imperante inicia el análisis de subsunción jurídica con el de los elementos objetivos de la antijuridicidad, pero podrá darse y ocasionar el que la declaración de la vulneración del derecho al honor quede imprejuizada y abortado el preceptivo amparo ordinario previo al amparo constitucional. La consecuencia teórica de este efecto no es sin embargo que, frente al efecto posible y habitual de la misma, la vía penal no sea en general una vía de amparo ordinario del derecho al honor a la vista de que dicho amparo pueda eventualmente quedar sin respuesta, sino que, como sucede por cierto en relación con determinados requisitos procesales en otro tipo de procedimientos, constituye una vía que eventualmente, por determinadas razones materiales y procesales, puede no proveer una respuesta al amparo impetrado — puede finalmente no constituir una vía de amparo—, lo que conforma

pero tampoco lo es menos que a través de estas dos manifestaciones de la jurisdicción ni se protegen las mismas injerencias frente al honor ni su finalidad es la misma. La vía civil es procedente frente a todo género de injerencia o intromisión ilegítima establecida en el art. 7 de la mencionada Ley Orgánica, estando la pretensión civil de condena orientada a obtener una reparación de carácter económico. En el proceso penal, sin embargo, se protege el derecho al honor en tanto en cuanto la injerencia o intromisión pueda ser constitutiva de delito, persiguiendo el acusador particular la imposición de una pena. En otras palabras, el Juez civil tiene un elenco de posibilidades para apreciar la efectiva vulneración del derecho al honor más amplio que el Juez penal, que, para poder determinar la existencia de una infracción al honor, ve ceñido su examen a que efectivamente exista un delito tipificado en el Código Penal» (f. j. 5.º).

¹⁷ V. *infra* II.4.B.

¹⁸ Como afirma la STC 31/1996, «(d)e acuerdo con una consolidada jurisprudencia, el titular de un derecho fundamental puede elegir, de entre las distintas vías judiciales procedentes, la que estime más conveniente para la defensa de sus derechos (...). Todo ello sin perjuicio, claro está, de las posibilidades que cada orden jurisdiccional ofrece, así como que son los Tribunales ordinarios dentro de cada una de aquéllas quienes han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, de conformidad con las leyes procesales, sea éste o no el elegido por la parte actora (SSTC 2/1986, fundamento jurídico 2.º, 1/1987, fundamento jurídico 3.º, y 20/1993, fundamento jurídico 5.º). Es al titular del derecho fundamental a la libertad personal, pues, a quien corresponde decidir el tipo de protección que impetra de los Tribunales» (f. j. 9.º). En el mismo sentido, STC 41/1997, f. j. 2.º

un riesgo que deberá tomar en cuenta quien emprenda este camino en defensa de su derecho al honor¹⁹.

B) Si resultara tan razonable entender que la vía penal es una vía de amparo como que no lo es, el principio de efectividad de la tutela judicial inclinaría la comprensión del ordenamiento jurídico hacia el primero de los sentidos. En primer lugar, en abstracto, porque la lógica dice que ofrecen una mayor tutela al justiciable dos vías para la defensa de su derecho que una sola de esas dos: protegeremos más el honor si para algunos supuestos ofrecemos a sus titulares la elección entre una vía civil de defensa y una vía penal, que si no lo hacemos. En segundo lugar, porque con dicha opción *se amplían los márgenes de la tutela jurisdiccional de quienes acuden a la vía penal, al facilitarles el acceso directo al amparo constitucional*.

Se nos podrá rebatir que no se trata de ofrecer más o menos vías, sino de entender la naturaleza de las existentes. A la cuestión de la naturaleza, en virtud de sus efectos, se ha dedicado el apartado anterior. Es a partir de sus reflexiones desde donde se puede enunciar este segundo argumento: que el entendimiento de esa naturaleza incide en los efectos prácticos de esa vía y que lo hace ampliando o recortando las posibilidades de tutela del titular del derecho al honor. La comprensión que aquí critico —la vía penal no es una vía de amparo— suprime un camino abreviado al amparo constitucional, frente a la comprensión que me parece más acertada, que permite ese camino y perfecciona con ello la tutela del honor. El efecto de tutela es evidentemente mayor si se interpreta la vía penal como vía de amparo y se ofrece a quien acude a ella la garantía inmediata de protección constitucional: si se ofrece la posibilidad de que el Tribunal Constitucional corrija una defectuosa comprensión del derecho al honor por parte de los órganos penales y de obtener con ello su pretensión de amparo en plenitud sin necesidad de pasar por una nueva, compleja y prolongada vía.

C) *El tercero de los argumentos* que sustenta la preferencia por la concepción del proceso penal como proceso de *amparo tiene como nervio tanto el desaliento de la vía penal que generaría la aceptación de la tesis alternativa, como la tendencia a la desprotección del honor como bien jurídico que ello provocaría*. El porqué de ese desaliento y el porqué de la desprotección es lo que trataré de explicar a continuación.

¹⁹ Con el Código Penal anterior (art. 467, párrafo 3.º) podía suceder que el funcionario que acudiera a la vía civil en defensa de su honor —en amparo, pues— viera tal mecanismo suspendido y condicionado por la puesta en marcha de la vía penal por parte del Ministerio Fiscal. V. al respecto STC 241/1991.

a) Según la concepción que aquí se critica, quien acuda a la vía penal en defensa de su honor y no obtenga la declaración de la lesión que, entre otras cosas, pretende, no podrá acudir al cualificado y definitivo recurso de amparo constitucional para satisfacer su interés sin antes interponer una demanda civil de protección del honor e iniciar el lento y prolongado camino procesal que ello supone; sólo al final del mismo, si no ha obtenido el amparo que pretendía, podrá gozar de la garantía que supone el que la indemnidad de su derecho sea analizada por el Tribunal Constitucional. Tal camino civil de obligado recorrido estará además trufado de riesgos para quien acudió previa e infructuosamente a la vía penal, como veremos a continuación.

Podría suceder, así, en primer lugar, que los órganos de lo civil no estén de acuerdo con la compatibilidad sucesiva de las vías penal y civil que subyacería a la concepción del Tribunal Constitucional que por hipótesis manejamos (la tesis del voto particular). Con ello, podría suceder y sucede, que dichos órganos judiciales consideren, por contra, pasándose al otro extremo de la comprensión de la articulación de ambas vías, que no hay ya acceso a la vía civil cuando se ha ensayado la penal. Esto es lo que, de modo ciertamente poco convincente por su amplitud²⁰, ha dicho recientemente la STS 862/1998²¹: «Consideramos que el ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la civil y ello por los siguientes argumentos: a) como se trata del ejercicio de un derecho de opción, no tendría sentido que, realizada ésta, cupiera instar posteriormente la acción no elegida; b) la concesión de una petición de esta clase por la vía civil, después de agotado el curso de la exteriorizada por el otro cauce, equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria, y esto “es contrario al espíritu de la propia Ley 1/1982, que, por cierto, emplea el rígido instituto de la caducidad y no de la prescripción para regular el plazo de ejercicio de las acciones” que cobija (STS 28 noviembre 1995); c) la práctica forense acredita que la postulación indemnizatoria se une de ordinario a la reclamación penal en supuestos del honor, la intimidad y la propia imagen, y, en todo caso, siempre permanecería abierta la factibilidad de esa conjunción, con lo que no se perturba el principio de la tutela judicial efectiva y no existe indefensión; y d) igualmente, la seguridad jurídica aboga a favor de esta posición, toda vez que, ante una eventualidad de esta naturaleza, el ciudadano tiene derecho a conocer la actitud de ataque procesal que puede sobrevenirle cuando ésta se encuadra en una dualidad a resolver mediante la voluntaria elección» (f. D. 3.º).

²⁰ V. *infra* II.4.D.b.

²¹ De 28 de septiembre.

Podría suceder también, en segundo lugar, que, en contra de lo presupuesto por la tesis que niega que la vía penal sea una vía de amparo, los órganos consideren sensatamente que el conflicto constitucional de base constituye ya cosa juzgada si fue objeto de decisión en el ámbito penal, que será lo normal, por tratarse de unos hechos ya analizados y resueltos con firmeza desde tal perspectiva jurídica por los órganos judiciales a los que se acudió, entre otros motivos, para ello²². En otras palabras: que no pueden revisar la decisión básica relativa a si hubo o no una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. En este caso, y en el anterior, el recurrente que no quiera ver tachado de prematuro su recurso constitucional de amparo tendrá que agotar pacientemente las tres estaciones de la vía civil para obtener una revisión de la decisión en el Tribunal Constitucional desde la perspectiva propia de éste²³.

Podría suceder asimismo, finalmente, que aunque los tribunales de lo civil no se sientan jurídicamente determinados por la solución alcanzada por los órganos judiciales penales sí que queden severamente condicionados por la visión constitucional del problema exteriorizada por los órganos de lo penal, con lo que la vía civil podrá seguir siendo un ejercicio de paciencia para el recurrente y una inútil dilación para el acceso al amparo constitucional.

Con todo ello se constata, en suma, que *en la tesis criticada la vía penal queda fuertemente desalentada porque somete al querellante insatisfecho con la lectura constitucional de los órganos penales a una espera forzosa, prolongada y muy probablemente inútil antes de poder obtener una respuesta cualificada y definitiva a su queja en el Tribunal Constitucional.*

b) El desaliento de la vía penal en supuestos en los que la puesta en marcha del mecanismo punitivo depende únicamente de la víctima del delito genera un efecto de desprotección del bien jurídico que se trata de proteger. Es cierto que, en general, un Estado democráticamente legitimado debe aspirar a resolver sus conflictos al margen de la con-

²² V. *infra* II.4.D.b.

²³ En este caso y en el anterior —vía civil como vía improcedente— no parece que el Tribunal Constitucional pueda oponer extemporaneidad por exceso de tránsito procesal, pues pondría al recurrente en la absurda situación de elegir entre un recurso prematuro tras la vía penal —según el presupuesto teórico de la tesis que aquí criticamos— o un recurso extemporáneo por la interposición de recursos improcedentes. Lo que sucede en realidad en estos casos es que el Tribunal Constitucional no estaría de acuerdo con la percepción de cosa juzgada de los tribunales de lo civil, aunque quizás no tanto como para calificarlo, si así se le pidiera, como un vacío de tutela constitutivo de una infracción del artículo 24.1 de la Constitución.

tendencia del Derecho Penal. De ello vela la vigencia del principio de proporcionalidad, cauce del valor de la libertad²⁴. También es cierto, sin embargo, que en ciertas ocasiones prefijadas por el legislador la sanción penal es estrictamente necesaria para el mantenimiento de las condiciones sociales de libertad: que la realización de la pena se torna imprescindible para prevenir comportamientos lesivos de bienes jurídicos. De ahí que, en general, salvo excepciones derivadas del peculiar desvalor que pueda comportar el proceso penal para la víctima en su comparación con el valor que se deja de promover por la renuncia al proceso, no se deje la puesta en marcha del aparato punitivo en manos de la víctima del delito, sino que se haga recaer la imputación y la acusación delictiva en un órgano público obligado a ello y se posibilite además la acción popular; el impulso de cualquier ciudadano del proceso penal.

Pues bien: lo que ahora preocupa de la tesis que niega contenido de amparo del derecho al honor al proceso penal por injurias y calumnias es el que, según veíamos en el apartado anterior, aleja del proceso penal a los que son gravemente lesionados en su honor. Con ello, *sin la justificación de la protección de la víctima, se provoca la contención de un mecanismo de protección del honor en supuestos en los que su realización se torna necesaria y se genera un déficit preventivo de las lesiones graves a dicho bien jurídico*.

4. La crítica a la concepción tradicional del proceso penal como proceso de amparo se ha sustentado en cuatro pilares. Es el primero el de que induce a entender que existe un derecho a la punición del vulnerador como contenido del derecho vulnerado, y que la consecuencia natural del amparo ordinario o constitucional es la imposición de una pena, o, en sede constitucional, la anulación de una sentencia penal absolutoria y la retroacción de las actuaciones para que se juzgue otra vez desde la nueva perspectiva constitucional si se ha cometido o no el delito²⁵. La crítica repara, como veremos, en las nocivas repercusiones que todo ello tendría para las garantías penales, para el correcto funcionamiento del Tribunal Constitucional y para la seguridad jurídica.

Se dice también, y este sería el segundo pilar, que no hay propiamente en el proceso penal un juicio constitucional, no ya porque el mismo pueda ser innecesario por la ausencia previa de otros elementos del

²⁴ Sobre todo ello v. mi artículo «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 159 y ss.

²⁵ Expone esta crítica I. Díez Picazo (en «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo», en AA.VV., «La sentencia de amparo constitucional», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, págs. 58 y s.).

delito, sino porque la propia relación entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información se analiza desde la peculiar perspectiva penal de la necesidad de punición del comportamiento enjuiciado²⁶.

Los otros dos pilares de la crítica atienden a ciertas consecuencias formales que para la ordenación jurídica supone la tesis criticada. Posibilita, en primer lugar, que la decisión del Tribunal Constitucional se sitúe, no al final del proceso, como sería deseable, sino entre la vía penal y la vía civil, con lo que permite un nuevo análisis constitucional de un órgano que es subordinado a tal respecto. Prolonga, en segundo lugar, el tránsito de la vía penal a la vía civil y puede provocar por ello la caducidad de la acción civil.

A) La primera crítica parte de la vinculación necesaria de algo que es evidentemente diferenciable. *Una cosa es que el proceso penal funcione como proceso de amparo en la medida en que responda a la cuestión básica de si ha existido una intromisión ilegítima en el honor del querrelante, y otra muy distinta es que el resto de las cuestiones civiles y penales que se ventilen en el proceso penal formen parte de dicho juicio ordinario de amparo y que lo hagan además como cuestiones vinculadas al restablecimiento del derecho fundamental.* Como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, quien haya sido ilegítimamente lesionado en su honor tiene derecho a que tal cosa se declare si, como será lo habitual, tal cuestión se resuelve en el proceso penal como paso previo a la pretensión propiamente penal; también tiene derecho a pedir la pena (*ius ut procedatur*) y a que en el proceso se observen ciertas garantías de defensa y de justicia de la decisión; y todos ellos serán derechos fundamentales.

En sabias palabras de la STC 218/1997, «el que no forme parte del contenido de derecho fundamental alguno la condena penal de quien lo vulnere con su comportamiento (SSTC 41 y 74/1997), no

²⁶ Puesto que, en palabras que al final resultan contradictorias de la STC 41/1997, «la jurisdicción penal sólo entra a conocer las cuestiones civiles, administrativas o constitucionales a los meros efectos de la represión (art. 3 L.E.Crim.). De modo que las decisiones que, al absolver, adopta respecto a derechos fundamentales de las partes acusadoras o cualesquiera otros temas distintos del castigo, ni causan ejecutoria, por no tener el valor de cosa juzgada, ni prejuzgan ni entorpecen la decisión que, en su caso, haya de adoptarse por la jurisdicción competente en el orden no represivo. En consecuencia, en modo alguno representan ninguna resolución sobre los derechos fundamentales sustantivos de quienes ejercen la acusación; sino que, desde esa perspectiva, son razonamientos que, de ser contrarios a la Constitución, podrían ser corregidos por este Tribunal (STC 177/1996, fundamento jurídico 11)» (f. j. 6.º).

implica que quien vea lesionados sus derechos fundamentales, y en general sus intereses, no tenga derecho, en los términos que prevea la legislación procesal pertinente, a acudir a un procedimiento judicial para la defensa de los mismos. Tampoco comporta que en el seno de dicho proceso no puedan verse lesionados, no ya sus derechos procesales, sino también sus derechos sustantivos con consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido.

El “ius ut procedatur” que para la víctima de un delito se deduce de lo anterior no puede quedar reducido a un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso» (f. j. 2.º).

A lo que no tendrá derecho como parte de su derecho fundamental al honor o como derecho derivado de éste es a que la consecuencia de la declaración de la vulneración del mismo acarree una pena para el vulnerador, puesto que ello no se deriva del contenido de su derecho al honor, puesto que ello no restablece su derecho al honor, y puesto que la relación punitiva es una relación entre la sociedad —el Estado— y el delincuente mediada además por otros muchos requisitos añadidos al de la intromisión ilegítima en el honor ajeno²⁷.

«Pues la tutela penal no se anuda inmediatamente a la realización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales; sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la mediación de la ley, que es la que define los casos y circunstancias que dan lugar a la estimación del delito y a la aplicación de su consecuencia jurídica, la pena. La potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la Constitución. Y, si bien la Constitución consagra en su art. 25.1 el principio de legalidad, como derecho a no ser condenado ni sancionado sino por acciones u omisiones legalmente previstas, no existe un “principio de legalidad invertido”, esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido.

²⁷ Con rotundidad afirma FOLGUERA CRESPO que «existe una contradicción ontológica insalvable entre pretensión de condena penal y pretensión de amparo» («La protección penal de los derechos fundamentales», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1995, núm. 210, pág. 3).

La doctrina opuesta, según la cual la pretensión punitiva pertenecería al contenido de los derechos fundamentales, llevaría inexorablemente a este Tribunal a tener que apreciar en cada caso si se dan o pueden darse los presupuestos de la imposición de la pena, cuestión que excede del ámbito del proceso de amparo ya que hemos reiterado que son los Tribunales penales los únicos competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (...).

El particular, en efecto, no ostenta ningún derecho a castigar, pues el *ius puniendi*, es de titularidad estatal (STC 157/1990, fundamento jurídico 4.º y 31/1996, fundamento jurídico 10.º). Es más, pese a que por disposición de la ley puede ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y, por lo tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, en cuyo ejercicio puede tener, ciertamente, un interés; pero al que, por todo lo expuesto, no puede otorgársele relevancia alguna en esta sede de amparo sin desvirtuar su naturaleza y significación» (STC 41/1997, ff. jj. 4.º y 7.º)²⁸.

La reflexión anterior conduce a otra relativa a las consecuencias del amparo constitucional. La anulación de la absolucón de quien vulneró ilegítimamente el honor ajeno no procede, no ya por razones de segu-

²⁸ V. *infra* IV.2.

En palabras ahora de la STC 31/1996: «Como dijo el Pleno de este Tribunal, en la STC 157/1990, cuyo fundamento jurídico 4.º sintetizó una firme línea jurisprudencial en este sentido, no puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi* con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado. Es cierto que nuestro ordenamiento prevé la acusación privada, por parte de los perjudicados por los hechos delictivos. Pero el derecho a la acción penal de los ciudadanos no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi*, a imponer sanciones penales con independencia de que concurran o no en cada caso las circunstancias determinantes de la pena (STC 83/1989, fundamento jurídico 2.º). Por ende, la Constitución no otorga el derecho a obtener condenas penales. Son las leyes las que, en garantía de los derechos fundamentales, prevén el castigo de quienes los vulneran (art. 25.1 CE). Y son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983, fundamento jurídico 3.º, y 128/1995, fundamento jurídico 4.º)» (f. j. 10.º). Con contundencia afirma la STC 199/1996 que «la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales» (f. j. 5.º). V. también SSTC 74/1997, f. j. 5.º; 232/1998, f. j. 3.º

ridad jurídica, que también, sino por el hecho, de nuevo, de que ello ni es parte del amparo ni constituye medida necesaria de restablecimiento del derecho amparado. El amparo constitucional es pleno con la declaración en sí — que constituye la reparación fundamental frente a un comportamiento lesivo de carácter comunicativo — y con la reparación económica indirecta que la misma posibilita²⁹.

B) La segunda crítica que se destina a la concepción del proceso penal como proceso de amparo, atinente a la peculiaridad del análisis penal relativo a la lesión del honor, presupone un ordenamiento jurídico escindido, en el que el Derecho Penal operaría con relativa autonomía respecto del resto de las normas, incluidas las constitucionales. Esta concepción se opone a la racionalidad jurídica y a las más modernas concepciones de la antijuridicidad penal, que sitúan su sustrato en la infracción de los deberes generales de cuidado y de garantía, en el rebasamiento de la frontera del riesgo permitido; deberes y frontera que en lo sustancial se rigen por el conjunto de las normas del ordenamiento. La antijuridicidad se determina, sí, por los elementos del tipo, y por la interpretación de los mismos que suministran el bien jurídico que se quiere proteger³⁰ y el propio sentido de la reacción penal, pero también, en su nivel más básico, por la constatación elemental de que el comportamiento cuya punición se evalúa no constituía un comportamiento permitido.

Trasladada la reflexión al ámbito del honor, la misma comporta que *para determinar la responsabilidad penal del acusado será necesario determinar, entre otras cosas, si hubo una lesión del derecho al honor y si la misma era ilegítima: si no quedaba justificada por el ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información*³¹. Constatada ésta, o incluso antes de constatarse, la pena podrá negarse por múltiples causas, como que la lesión ilegítima no fue lo suficientemente grave, que no fue dolosa (que no concurría en su autor *animus iniurandi*) o que quedaba justificada o exculpada por alguna de las causas a las que el Código Penal reconoce tales efectos. Sí que interesa destacar, en cualquier caso, que el análisis inicial — si hubo o no una intromisión ilegítima en el honor ajeno — no es un análisis peculiar, sino constitucional; que es necesario para condenar, aunque no para absolver; que, según las pautas del método de análisis jurídico-penal habitualmente utilizado, constituye normalmente el primer escalón del juicio de responsabilidad penal; y que basta una rápida consulta a los repertorios de jurisprudencia

²⁹ V. *infra* IV.2.

³⁰ Y que, en aparente paradoja, dichos elementos expresan.

³¹ Así, STC 232/1998, f. j. 5.º

para constatar que constituye frecuentemente el punto crucial de discusión para la determinación de la responsabilidad penal. El proceso penal contiene casi siempre, pues, un proceso de amparo en el sentido de que integra en su seno una valoración acerca de si se ha producido una intromisión ilegítima en el honor del querellante³². Cuando no lo sea, cuando excepcionalmente la solución al conflicto penal se adopte sin tal valoración, no podrá el interesado acudir al amparo constitucional, so pena de inadmisión por falta de agotamiento de alguna de las vías de amparo ordinario disponibles, sino que deberá buscar el amparo abortado en la vía civil. Con ello se verá abocado a una tramitación jurídica de defensa de su derecho que por excepción resulta finalmente engorrosa y dilatada, pero que en la tesis alternativa a la que aquí se sostiene resulta necesaria si el lesionado quiere ejercer su derecho a promover un juicio penal.

C) La tercera de las críticas repara en el hecho de que la sentencia de amparo pueda situarse, no al final del itinerario jurídico de resolución del conflicto en torno al derecho al honor, sino en medio del mismo, entre el final del proceso penal y el inicio del civil. Con ello se corre el riesgo de que la jurisdicción ordinaria pueda realizar un pronunciamiento de constitucionalidad que se oponga o desconozca el del Tribunal Constitucional, que debería ser al respecto último y supremo. Podría suceder, por ejemplo, que denegado el amparo ordinario por los tribunales de lo penal, el Tribunal Constitucional ampare el de-

³² Equívocamente al respecto se manifiesta la STC 297/1994: «Sólo cabe en esta sede, dado el origen de este amparo, examinar en qué medida puede haberse producido una lesión del derecho al honor en el ámbito que viene predeterminado por la vía judicial que el recurrente ha agotado, esto es, la vía judicial penal. Y desde esta perspectiva sólo puede examinarse si se ha producido una vulneración al honor por una intromisión en el mismo constitutiva de delito y, por lo tanto, si la resolución recurrida, al apreciar que los hechos no eran constitutivos ni de injurias ni calumnias, como aducía el actor, han vulnerado el derecho alegado. (...) Tampoco puede soslayarse que el presente caso, además, tiene su origen en un proceso penal. Lo que significa, como ya se ha dicho, que la ponderación que de forma obligada deben llevar a cabo los órganos judiciales no tiene por qué ser igual en el supuesto del ejercicio de una acción civil que en el de una acción penal en la que, evidentemente, deben jugar otro tipo de consideraciones, entre otras, y singularmente el que se observen todos y cada uno de los elementos típicos del delito de injurias o calumnias» (ff. jj. 5.º y 6.º). La STC 232/1998 afirma, en cambio, en relación con un delito de calumnias, que «estando implicados, como lo están aquí, las libertades de expresión e información por un lado y el derecho al honor del otro es preciso, según nuestra reiterada jurisprudencia, que los órganos judiciales realicen un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información protegidos por el art. 20 CE (SSTC 104/1986, 107/1988, 51/1989, 201/1990, 214/1991, 123/1992 y 19/1996)» (f. j. 5.º).

recho al honor del recurrente, y que cuando el mismo acuda a los tribunales de lo civil para obtener las medidas de reparación oportunas, estos nieguen, según su criterio, que la intromisión en el honor del demandante haya sido ilegítima.

La hipótesis dista desde luego de ser probable, aunque es jurídicamente posible. Es cierto, por un lado, que la decisión del Tribunal Constitucional respecto al problema constitucional que ante él se suscita es suprema y última, y que no puede ser revisada por ningún otro tribunal. También es cierto que la mejor manera de que esto último no ocurra es la de situar la decisión de amparo constitucional al final del itinerario jurídico posible, inadmitiendo cualquier queja que no haya agotado exhaustivamente el mismo.

Tan estricta decisión no va a ser ni siempre posible, ni siempre aconsejable. En algunas ocasiones —piénsese en prisiones provisionales arbitrarias o en dilaciones indebidas— porque la vulneración del derecho se prolonga con el proceso ordinario y finaliza con su finalización, con lo que la espera a la intervención en este momento carecería de la lógica del amparo de los derechos fundamentales. En otras ocasiones, porque es el propio Tribunal Constitucional el que reabre un proceso ya firmemente finalizado para que se proceda al restablecimiento del derecho vulnerado —piénsese en la infracción de alguna garantía procesal fundamental o en un vacío de tutela judicial—; el mantenimiento a ultranza de la posición final de la jurisdicción de amparo constitucional sólo podría realizarse con la irrogación por parte del Tribunal Constitucional de competencias jurisdiccionales que no le corresponden. Existe todavía un tercer grupo de casos, similar en cierto modo al anterior, en los que el restablecimiento del derecho declarado como vulnerado por el Tribunal Constitucional exige la apertura de un proceso ordinario de reparación. En estos casos, la elusión de ese tramo procesal añadido y posterior al proceso constitucional sólo sería posible si, con los inconvenientes que ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la reparación de la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas —inconvenientes de competencia jurisdiccional, de legalidad, presupuestarios—³³, el pro-

³³ Sobre la falta de competencia del Tribunal Constitucional para la fijación de indemnizaciones derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, v. SSTC 37/1982, f. j. 6.º; 22/1984, f. j. 7.º; 50/1989, f. j. 6.º; 85/1990, f. j. 4.º; 139/1990, f. j. 2.º; 313/1993, f. j. 4.º; 146/2000, f. j. 4.º V. la crítica a esta línea jurisprudencial de V. GIMENO SENDRA en su voto particular a la STC 83/1989; y de I. BORRAJO INIESTA, en «Indemnización constitucional: a propósito de la sentencia Bivens del Tribunal Supremo de Estados Unidos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, págs. 209 y ss.; e I. DÍEZ PICAZO, *op. cit.* n. 25, págs. 50 y ss.

pio Tribunal Constitucional determinara las medidas de restablecimiento indirecto del derecho vulnerado.

A la vista de los inconvenientes que generaría un pronunciamiento civil de restablecimiento del honor por parte del Tribunal Constitucional, y a la vista de los inconvenientes ya detallados que acarrearía el situar siempre la decisión de amparo constitucional del honor tras la decisión civil, no parece que no sea asumible el riesgo de la decisión formalmente intermedia, máxime cuando, como no podía ser de otro modo, nuestro ordenamiento jurídico contempla remedios jurídicos ordinarios y constitucionales si el riesgo se convierte en lesión, y el tribunal ordinario desconoce o ignora la decisión del Tribunal Constitucional.

D) La última de las críticas a la comprensión del proceso penal como proceso de amparo llama la atención acerca de una posible inutilidad indemnizatoria del mismo derivada de la caducidad de la acción civil. Si tras el traspíe penal, admitimos la revisión constitucional en lugar de proceder a un rápido rechazo que permita al recurrente acudir tempestivamente a la vía civil, podría suceder que el mismo, con su sentencia de amparo estimatoria en la mano, se encuentre con un portazo en los tribunales de lo civil porque su acción ha caducado ya.

a) Tampoco esta crítica resulta convincente. *Aun partiendo de su presupuesto de que el plazo de caducidad de la acción civil sigue corriendo durante la tramitación del amparo constitucional, debe reseñarse que el nocivo efecto anunciado es improbable, corregible y asumible.* Improbable, porque el cómputo del plazo de caducidad de una acción se detiene con su ejercicio, de modo que, ejercitada la acción civil junto con la penal, aquél sólo se reanuda con la resolución penal absolutoria, con lo que tendrían que pasar nada menos que cuatro años (art. 9.5 LO 1/1982) entre ésta y la sentencia constitucional de amparo para que la acción caducara, algo absolutamente excepcional en nuestra jurisdicción de amparo³⁴. Aunque tal supuesto se diera, podría pensarse aún en que la sentencia de amparo no sería económicamente inútil para el recurrente: en que la reparación económica a la que podría dar lugar la vulneración del derecho fundamental puede encontrarse en un procedimiento distinto, el de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia³⁵. Y en todo caso: aunque excepcionalmente la acción civil caducara sin remedio, no dejaría ello de verse como un raro efecto de una determinada estrategia proce-

³⁴ La situación cambia, evidentemente, si el sujeto que acude a la vía penal se reserva la acción civil para la vía civil, pues en este caso no se ejercita una acción de posible ejercicio, con lo que no cabe suspensión.

³⁵ Arts. 292 y ss. LOPJ.

sal que debe asumir quien emprende la misma. Quien acude a la vía penal en defensa de su honor, sabe que es posible aunque improbable que no encuentre en ella respuesta a su petición de amparo — absolución por concurrencia previa de otros elementos —, y sabría que es posible aunque altamente improbable que la denegación de amparo ordinario sea corregida en sede constitucional de un modo tardío tal que impida la reparación civil del honor maltrecho.

b) Expresado lo anterior, cabe aún discrepar de su presupuesto. Lo propio del plazo de caducidad es que es ininterrumpible —el reloj se para y se pone a cero— y sólo excepcionalmente suspendible —el reloj se para—, según la más moderna doctrina, cuando, amén de ejercitarse la acción o el derecho sometido a plazo, dicho ejercicio deviene imposible³⁶. Pues bien: puede entenderse que esto es lo que sucede respecto a la acción civil *cuando los órganos de lo penal deniegan el amparo ordinario con la afirmación de que no ha habido una intromisión ilegítima en el honor ajeno*. En estos casos, según se afirmaba ya anteriormente³⁷, *estamos ante una cosa juzgada que hace inviable el acceso a la vía civil*³⁸. Sólo cuando el Tribunal Constitucional revoca esa denegación de amparo con su sentencia queda expedita la vía civil que había cegado el orden penal y vuelven a andar las agujas del reloj de la caducidad, detenidas tras la interposición de la acción civil con la acción penal —o, en caso de reserva de la acción civil, tras la resolución penal última—.

Esto es por cierto lo que, a mi juicio, late de positivo en la jurisprudencia civil antes reseñada³⁹ relativa a la imposibilidad de acudir a la vía civil después de hacerlo a la vía penal. Dicha negación es errónea en su radicalidad, como lo demostraría el caso de absolución penal por falta de *animus iniurandi* tras la afirmación de que habría concurrido una intromisión ilegítima en el honor ajeno o sin pronunciamiento alguno al respecto. Contiene sin embargo la intuición no manifestada de que por razones de seguridad y de tutela judicial de las partes concurrentes no es posible reabrir en el orden jurisdiccional civil lo que ha quedado firmemente cerrado en el orden penal: no es posible solicitar una reparación civil cuando los órganos de lo penal han declarado ya con firmeza que no ha habido una vulneración constitucionalmente injustificada del derecho al honor.

³⁶ Por aplicación analógica del art. 1.969 C.C: GÓMEZ CORRALIZA, «La caducidad», Madrid (Montecorvo), 1990, págs. 284 y ss.; R. CABALLERO, «Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo», Madrid (McGraw Hill), 1999, pág. 473.

³⁷ V. *supra* II.3.C.a.

³⁸ En contra expresamente se manifiesta la STC 41/1997 (f. j. 6.º) en el fragmento citado *supra* n. 26

³⁹ V. *supra* II.3.C.a.

III. La sentencia penal como objeto del amparo

1. *El segundo aspecto interesante de la sentencia que comentamos se refiere a su propio objeto de análisis: a si el mismo lo es el comportamiento de unos particulares (el redactor de la noticia y el director del periódico) a los que se les atribuye la lesión de un derecho fundamental de otro, o si lo es el comportamiento de los órganos judiciales que denegaron el amparo ordinario a quien se quejaba de la violación de su derecho.* La cuestión es harto trascendente, pues el cambio de enfoque que acarrea el cambio de objeto, puede determinar una distinta solución a un mismo supuesto. No es lo mismo determinar si A lesionó el derecho fundamental al honor de B que determinar si el tribunal civil o penal que enjuició el conflicto aplicó la Constitución y lo hizo adecuadamente. Pudiera ser que el Tribunal Constitucional considerara que hay una intromisión ilegítima en el honor ajeno en el caso concreto en el que los órganos judiciales no la apreciaron, y que, sin embargo, considerara simultáneamente en el mismo supuesto que el tribunal correspondiente tuvo en cuenta la Constitución y lo hizo con una interpretación razonable de la misma en niveles de abstracción superiores a los que supone su aplicación al caso concreto. Repárese en que, en esta hipótesis, el Tribunal Constitucional otorgaría el amparo si entiende que su perspectiva es la primera y lo denegaría si el prisma que adopta es el segundo.

Este resultado diferente del amparo en función de la diferencia de su objeto de análisis no debe extrañar. La razón estriba, en rigor, en que es diferente el ámbito de control de la interpretación de la norma constitucional. *Puede ser que el Tribunal Constitucional apruebe la interpretación que los órganos judiciales hacen en abstracto —incluso a niveles cada vez más concretos— de las fronteras del derecho al honor y de la libertad de información, pero que discrepen de la precisión última de las mismas —de la regla normativa última que precede a la aplicación— que hace que el supuesto concreto caiga o deje de caer dentro del ámbito de protección de la misma.* Puede ser que esté conforme con el mapa global, pero no con la página interna del atlas que precisa la frontera en el punto decisivo.

2. En el caso que dio lugar a la sentencia 21/2000, el Tribunal Constitucional estima que el informador infringió el concreto deber de diligencia que como tal le correspondía observar, sin que a la vez reproche al órgano judicial penal el desconocimiento de la Constitución o de la interpretación que del derecho al honor y de la libertad información hace la jurisdicción constitucional en niveles más abstractos. Como, por cierto, destacó el Ministerio Fiscal en el proceso constitucional en pro de la desestimación del ampa-

ro⁴⁰, no es que el órgano judicial desconociera los requisitos de veracidad y de interés público que condicionan la legitimidad del ejercicio de la libertad de información; o que, más en concreto, confundiera verdad objetiva con veracidad; o que, más allá, no identificara correctamente la veracidad con la diligencia informativa; o que desconociera los factores que inciden en la medición de tal diligencia. Lo que sucedió es que, más concretamente aún, entendió que en el caso concreto tales factores conducían a la legitimación de la información, cuando a juicio del Tribunal Constitucional, no lo hacían: bien dibujadas las líneas maestras del artículo 20 de la Constitución, entendió erróneamente que el concreto supuesto era subsumible en su ámbito de cobertura.

De hecho, *el modelo de razonamiento* que lleva al Tribunal Constitucional a esta conclusión *es*, coherentemente con sus presupuestos, no el del análisis de la argumentación judicial, que ni siquiera figura en los antecedentes de la sentencia⁴¹, sino *el de la aplicación directa de la Constitución al conflicto entre los particulares según los datos que proceden de la propia resolución judicial y de sus antecedentes*, que sí se especifican en la parte fáctica de la resolución. A partir del resultado de esa aplicación se procede a su cotejo con el que produjo el proceso ordinario de amparo y, consecuentemente, al otorgamiento o a la denegación del amparo⁴².

3. La pregunta ahora, de interpretación constitucional y legal, pero también de política jurisdiccional, es la de qué debe hacer el Tribunal Constitucional: si analizar el conflicto entre particulares o la respuesta judicial; mejor: si analizar la aplicación de la Constitución al caso con algún nivel de abstracción o de si analizarla en su plena concreción. Esta cuestión merece, por su trascendencia, la continuidad del profundo debate que al se ha iniciado en torno a la misma. De los ar-

40 V. los antecedentes 6 y 11 de la sentencia.

41 Sí parcialmente en sus fundamentos.

42 En la STC 297/1994, en cambio, se sitúa el objeto del debate en la vulneración consistente en que «el Tribunal sentenciador no amparó debidamente el derecho al honor del recurrente lesionado por el artículo objeto de la querrela. Por lo tanto, lo que procede examinar es si las resoluciones judiciales impugnadas efectivamente atentan contra los derechos fundamentales de carácter sustantivo que se alegan» (f. j. 3.º). El amparo se deniega finalmente porque «las resoluciones impugnadas han realizado una ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión teniendo efectivamente en cuenta los criterios de la jurisprudencia constitucional aplicables a este caso, sobre el tipo de libertad ejercida y sus límites, la trascendencia pública de la materia sobre la que versa el artículo periodístico y el carácter público del titular del derecho al honor que tampoco permite apreciar un ataque injustificado a su intimidad» (f. j. 7.º). Críticamente al respecto se manifiesta el voto particular del magistrado GARCÍA-MON y GONZÁLEZ-REGUERAL.

gumentos que se entrecruzan en su seno merece la pena destacar, al hilo del presente comentario, los que se exponen a continuación.

A) Una primera reflexión repara en el propio origen de la competencia de la jurisdicción constitucional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados por particulares. Como es sabido, la misma ha sido sólo posible con una interpretación amplia de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que circunscribe el amparo constitucional a las «disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho *de los poderes públicos*» (art. 41.2) y que, en lo que respecta al poder judicial, entiende como susceptibles de amparo las violaciones de los derechos y libertades «que tuvieran su origen *inmediato y directo* en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44.1); que «sea(n) imputable(s) de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial» [art. 44.1.b)]. Dicha interpretación, acorde con un razonable entendimiento constitucional de los derechos fundamentales como mandatos de protección⁴³, comporta el atribuir a los órganos judiciales algo así como lo que en Derecho Penal entendemos como posición de garantía e imputarles la lesión del derecho sustantivo cuyo amparo han omitido. Con nitidez lo explica, entre otras muchas⁴⁴, la STC 129/1989: «La atribución a los Tribunales de Justicia de la tutela general de los derechos fundamentales (...) y el propósito de asegurar, frente a eventuales vulneraciones, la efectividad de los medios de reacción puestos por el ordenamiento a disposición de sus titulares, han conducido a este Tribunal, a través de una interpretación sistemática del art. 44.1 de su Ley Orgánica, a considerar abierta la vía del amparo constitucional para quienes no hayan obtenido de los órganos de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales frente a lesiones padecidas en el ámbito de relaciones jurídicas constituidas en los distintos órdenes de la vida social, y, entre ellos, en el orden de las relaciones laborales, en el que también la omisión de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del trabajador puede ser impugnada a través del proceso constitucional de amparo, como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquéllos» (f. j. 2).

Esta legitimación indirecta de la competencia jurisdiccional de amparo para las lesiones infligidas por particulares, y el deseo expreso del legislador de circunscribir el amparo constitucional a los actos lesivos de los poderes públicos, sugieren que lo más acorde con la ley orgánica que rige la labor del Tribunal Constitucional es que en esos supuestos el mis-

⁴³ V. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Autonomía privada y derechos fundamentales», en Anuario de Derecho Civil, 1993, núm. 46, págs. 80 y s.

⁴⁴ Por ejemplo, SSTC 78/1982, f. j. 1.º; 55/1983, f. j. 5.º; 18/1984, f. j. 6.º; 47/1985, f. j. 5.º; 231/1988, f. j. 1.º

mo centre su análisis en lo que han hecho los órganos judiciales y no en lo que han hecho los particulares, aunque esto sea de obligada referencia para lo primero.

B) La mención anterior tiene sólo un carácter relativamente crítico con la perspectiva jurisprudencial que analizamos, habida cuenta de que cabe contraargumentar que en cualquier caso lo que se fiscaliza es la actuación de los órganos judiciales y que, tal como se ha expuesto, la diferencia entre una concepción y otra no lo es de objeto o de enfoque, sino de intensidad del control constitucional.

Esta réplica sugiere sin embargo una objeción más profunda relativa precisamente a *la intensidad del control constitucional*. La exasperación del mismo *hasta el nivel de concreción que supone la aplicación última de la norma constitucional tiende nocivamente a confundir las funciones de las jurisdicciones ordinaria y constitucional y, bien a imponer no una solución constitucionalmente aceptable, sino constitucionalmente óptima, bien a presuponer en la regulación constitucional de los derechos fundamentales una precisión de la que carecen*. El esquema constitucional aceptado de distribución de tareas normativas y jurisdiccionales en materia de derechos fundamentales señala que el constituyente establece un marco de relativa amplitud que el legislador desarrolla y el juez aplica conforme a tal desarrollo: con sujeción a esta ley y, en lo no reglado o insuficientemente reglado, va de suyo, al marco aplicado. Frente al mismo, lo que la jurisprudencia constitucional sugiere en materia de honor y de libertades comunicativas son las dos siguientes tesis, o al menos una de las dos: que existe una regulación precisa, inferida por la jurisprudencia constitucional, que el legislador debe plasmar y el juez aplicar, o que la función del Tribunal Constitucional es la de velar, no porque la solución al conflicto sea una de las constitucionalmente posibles, sino porque sea la constitucionalmente idónea.

C) Esta manera de entender las cosas, este modo jurisdiccional de operar, despierta aún, al menos, dos pegadas añadidas⁴⁵. La primera es la de que se le acaba reprochando al juez la vulneración de un derecho fundamental por el desconocimiento de una jurisprudencia que, en su precisión, va a ser normalmente incognoscible. La segunda es que *el*

⁴⁵ MEDINA GUERRERO sugiere una tercera: que el Tribunal Constitucional se vea obligado a operar con el principio de proporcionalidad fuera de «su ámbito dogmáticamente ortodoxo, en el que éste se ciñe al control de la actuación de los poderes públicos y no se proyecta sobre los particulares»: «no para analizar las resoluciones judiciales a las que se imputa la vulneración del derecho, sino para enjuiciar el caso en sí» («La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales», Madrid, McGraw Hill, 1996, pág. 134, n. 37).

*Tribunal Constitucional acaba analizando la subsunción constitucional del caso concreto desde un conocimiento de lo sucedido adquirido en unas condiciones de fiabilidad inferiores a las de los órganos judiciales*⁴⁶. Esto sugiere, de hecho, que si se persevera en tan severo e intenso control de la labor judicial de aplicación de los artículos 18 y 20 de la Constitución el Tribunal Constitucional debería plantearse el emplear las amplias posibilidades de prueba que le concede el artículo 89 LOTC.

Debe subrayarse, con la STC 59/1990, que cuando el análisis de la vulneración de un derecho fundamental dependa de la constatación de un determinado hecho, tal comprobación entrará dentro de las competencias del Tribunal Constitucional, sin que a ello se oponga la dicción del artículo 44.1.b) LOTC. Lo que se proscribe en tal artículo no es todo «conocimiento» de los hechos de los que conocieron los órganos judiciales, sino su determinación y calificación cuando sea irrelevante para la vulneración constitucional: «Dicha objeción, sin embargo, no puede ser acogida. Lo que el art. 44.1 b) prohíbe a este Tribunal es que entre a conocer de los “hechos que dieron lugar al proceso” cuando la violación del derecho fundamental, cometido por el órgano judicial, lo sea “con independencia de tales hechos” o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustancian una pretensión ordinaria (penal, civil o administrativa), que pudiera estar en conexión con una pretensión de amparo, nacida como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen a los hechos que fundamentan esta última pretensión constitucional. Pero, en el caso que nos ocupa, no se aprecia esta “independencia fáctica”, sino, antes al contrario, los hechos que permiten al Tribunal Supremo aplicar el *ius puniendi* del Estado y los que fundamentan la pretensión de amparo son los mismos; para el más alto órgano jurisdiccional ordinario la referida ocupación de la vía pública es constitutiva del delito de desórdenes públicos del art. 246 C.P., en tanto que para el recurrente dicha conducta no es más que libre ejercicio del derecho de manifestación del art. 21.1 de la Constitución. Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos

⁴⁶ De un modo análogo en cierto sentido, MEDINA GUERRERO, señala, en relación con «las posibles lesiones de derechos fundamentales entre particulares, cuando lo que se plantea no es un problema de colisión entre derechos fundamentales», que los tribunales ordinarios están «funcional y estructuralmente mejor adaptados para la resolución de los casos concretos en los que se debate sobre los términos de los contratos» (*op. cit.* n. 45, pág. 112).

fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución [art. 161.1 b)] y por su Ley Orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de instancia, puesto que, tal y como este Tribunal tiene afirmado, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación ni este Tribunal constituye una segunda instancia (SSTC 2/1982, 36/1983, 73/1983 y 107/1983, 17/1984...)» (f. j. 2.º).

Así pues, frente a cierta tendencia a entender que el sentido del polémico inciso es el de que el Tribunal Constitucional tiene vedado el cuestionar las determinaciones de hecho de los órganos judiciales⁴⁷, deben realizarse, al menos, las dos siguientes puntualizaciones. Es la primera la de que, en general, es correcta la afirmación de que el Tribunal Constitucional no puede cuestionar los hechos declarados como probados por los órganos judiciales, pero que ello no proviene del artículo 44 LOTC, sino, en general, del propio sentido y finalidad del recurso de amparo y del propio contenido de los derechos amparables, y, más allá, con más abstracción, de un racional reparto de competencias jurídicas en el Estado de Derecho. La segunda afirmación es la de que el mensaje al respecto del art. 44.1.b) es muy otro. Es más bien el de «zapatero a tus zapatos». Tan evidente como que el Tribunal Constitucional no tiene por qué entrar a calificar los hechos— y, previamente a determinarlos— desde la perspectiva de la legalidad no constitucional, porque no es la misión que tiene constitucionalmente atribuida, lo es que puede y debe entrar a conocer de los hechos y puede previamente entrar a determinarlos en las materias en las que sí es competente cuando sea necesario para la calificación jurídico-constitucional⁴⁸.

⁴⁷ Así, RUBIO LLORENTE (en «El recurso de amparo constitucional», en AA. VV., *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pág. 142).

⁴⁸ Aunque finalmente se llegue a un punto muy similar al expresado, en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas es bien diferente el punto de partida del análisis de la cuestión de las competencias del Tribunal Constitucional alemán para la determinación de hechos. Dicho punto de partida es el de que el Tribunal no tiene obligación alguna de asumir las determinaciones fácticas previas del legislador o de los órganos judiciales y que, con ello, tiene competencia para una investigación autónoma de lo acaecido. No obstante, esta potestad debe ser utilizada, y de hecho se utiliza, restrictivamente: cuando la determinación de los hechos sea imprescindible para la apreciación de la vulneración de derechos fundamentales o para la constitucionalidad de una norma (v. F. KLEIN, en AA. VV. —inicialmente dir. por Th. Maunz—, «Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar», Múnich, C. H. Beck'sche V., 1999, 18.ª entrega, § 26, págs. 4 y s.).

4. Que las reflexiones anteriores no responden al género de las sutilezas de salón lo demuestra su aplicación al supuesto de la STC 21/2000. En él el Tribunal Constitucional entendió, básicamente, que se había producido una adecuada interpretación constitucional de los derechos en conflicto en sus derivaciones más abstractas pero no en la más concreta. Que al hilo de la correcta reflexión constitucional realizada hasta el punto previo a la subsunción, tenía que haber entendido que la diligencia del informador fue suficiente para afirmar «que determinadas empresas poseían información respecto de un futuro contrato de suministros del que no había sido publicado aún el pliego de condiciones», pero insuficiente para afirmar que «los empresarios de sector —identificándose entre éstos a los ahora recurrentes en amparo— habían pagado comisiones millonarias».

Desde el esquema propuesto de control constitucional de amparo cabría pensar que la solución a la demanda de amparo podría haber sido desestimatoria, por entenderse que la interpretación constitucional de los artículos 18 y 20 C.E. fue aceptable según su texto, los valores constitucionales en juego y la jurisprudencia constitucional que los interpreta. Cabría pensar asimismo, al hilo del presente caso, en pro también de la posición que aquí se defiende, que, mientras que para todas las reflexiones previas que se estimaron correctas la posición del Tribunal Constitucional es constitucionalmente superior a la de los órganos judiciales, para la que finalmente se reprochó ofrecería más garantías la posición de los tribunales de lo penal en cuanto al conocimiento de los aspectos fácticos. En tal sentido, frente a la del Tribunal Constitucional, podría resultar más fiable la constatación judicial de que para la afirmación del cohecho hubo, siquiera sea por inferencia de los datos que se constataban, base indagatoria suficiente.

IV. La anulación de una sentencia absolutoria como consecuencia del amparo

1. A mi juicio, la sentencia que comento atina plenamente con la solución a la interesante cuestión de si cabe que una «de las medidas apropiadas» para el «restablecimiento» o la «conservación» del recurrente en la integridad de su derecho o libertad [art. 55.1.c) LOTC] sea la anulación de una resolución penal absolutoria. La respuesta negativa no admite discusión en los supuestos en los que, como el presente, tal anulación sea innecesaria para conservar o restablecer el derecho que se declara vulnerado. Sí que llaman en cambio a una profunda reflexión al respecto los supuestos en los que el restablecimiento del derecho del recurrente pasa por reabrir el proceso penal

contra quien había sido ya declarado firmemente irresponsable de los delitos que se le imputaban.

2. *El problema resulta ficticio en un supuesto como el que aquí analizamos, pues la anulación de la resolución absolutoria, que daña la seguridad jurídica, empeora siempre la situación del acusado y puede hacerlo mucho más, en nada mejora en cambio la situación del recurrente, cuyo derecho se restablece directamente con la declaración contenida en el fallo de la sentencia estimatoria del amparo, y cuyos perjuicios quedan en trance de reparación con dicha sentencia en la mano.* El reabrir el proceso penal que el recurrente instó en su día sólo posibilitaría además la condena penal de quien lesionó el derecho fundamental, cosa que procura la protección general del honor como bien jurídico pero que nada aporta para restañar el honor lesionado. *Si el honor se daña con un acto comunicativo, su restablecimiento "in natura" pasa sólo por un acto comunicativo de signo contrario.* Si, en concreto, el sujeto quedó difamado por una información falsa, su «refamación» provendrá en esencia de una declaración pública, publicada y formal en forma de sentencia. Esta declaración es la que el recurrente pedía como amparo a los órganos penales y la que, ante la denegación judicial, realiza el Tribunal Constitucional. Salvo la ya inútil confirmación de un órgano con una autoridad inferior al respecto, nada puede aportar ya a dicha declaración (al amparo) la reapertura del proceso penal.

No es, pues, la punición del vulnerador una medida de restablecimiento del derecho al honor vulnerado, ni por ello cabe hablar de un derecho subjetivo a la pena ajena como derecho derivado del derecho al honor. *Tampoco existe, por lo demás, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, un derecho a la sanción de otro como contenido propio del derecho sustantivo del que se es titular.* Ni ello se infiere de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de protección, ni tampoco es consecuente al derecho fundamental a instar la protección penal de ciertos bienes y a que dicha protección se instrumente a través de un proceso rodeado de ciertas garantías fundamentales⁴⁹. El derecho a penar, si es que de tal puede

⁴⁹ V. *supra* II.4.A.

Como señala la STC 41/1997, «el Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, fundamentos jurídicos 10.º y 11.º y 199/1996, fundamento jurídico 5.º, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior), que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del 24.2.

hablarse⁵⁰, correspondería en su caso al Estado, y en el Estado legitimado por criterios democráticos estaría fuertemente condicionado por severos requisitos legalmente establecidos.

3. *Más controvertida es la cuestión relativa a si el Tribunal Constitucional debe anular una resolución penal absolutoria cuando ello aparezca como necesario para el restablecimiento del derecho cuyo amparo se otorga.* Piénsese en que en un procedimiento penal se haya vulnerado el derecho a al prueba del acusador, o su derecho a la tutela con una falta de respuesta judicial o con una respuesta patentemente errónea, o la garantía de imparcialidad del juez. En todos estos casos el derecho fundamental procesal vulnerado exigirá la anulación de la resolución que ponía fin al proceso y la retroacción de actuaciones para que se repita total o parcialmente el procedimiento con las garantías antes ignoradas; en todos estos casos, frente a tal aspiración de justicia, importantes razones de seguridad jurídica demandarán la intangibilidad de la absolución firmemente adoptada.

La posición tradicional y actual de la jurisprudencia constitucional ha sido la de anteponer a las consideraciones de seguridad jurídica la búsqueda de la protección del derecho cuyo amparo se impetraba⁵¹.

La especificidad de esa manifestación del derecho a la jurisdicción viene dada por las peculiares características del proceso penal. Pues en él confluyen dos elementos (el derecho de acción y el derecho material de penar) que, como hemos destacado en diversas ocasiones (SSTC 83/1989, fundamento jurídico 2.º; 157/1990, fundamento jurídico 4.º; 211/1994, fundamento jurídico 3.º, y 297/1994, fundamento jurídico 6.º) no cabe confundir. Pero tampoco cabe olvidar que la acción penal se entabla para que el Estado, a través de la Jurisdicción, ejerza la potestad punitiva. Esa característica otorga una configuración peculiar a ese *ius ut procedatur* en que la acción penal consiste» (f. j. 5.º).

⁵⁰ Parece más adecuado hablar de la potestad punitiva. Al respecto, v. ampliamente RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general*, Madrid (Civitas), 1978, págs. 91 y ss.

⁵¹ V. SSTC 78/1995, 31/1996, 116/199, 138/1999, 215/1999. Esta última sentencia intenta aclarar la posición jurisprudencial: la «anulación de la Sentencia absolutoria dictada en resolución del recurso de apelación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a producirse la vulneración de la garantía procesal, resulta contradictoria con las declaraciones efectuadas por este Tribunal en el sentido de que la declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal no puede llevar aparejada la anulación en esta jurisdicción de amparo de una Sentencia firme absolutoria “por poderosas razones de seguridad jurídica” (STC 218/1997, fundamento jurídico 2.º), ya que ello no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales. Este es el fundamento de que en las SSTC 116/1997 y 138/1999 tras la declaración de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión se haya procedido a anu-

Creo, sin embargo, en la línea que expresan las SSTC 41/1997 y 218/1997, que existen argumentos para cuestionar esta solución. *Creo que cabe pensar que, analizados los valores constitucionales en juego, se produciría una mayor preservación global de los mismos con la afirmación de una radical intangibilidad de las absoluciones penales por parte de la jurisdicción de amparo.*

Para sustentar esta propuesta es necesario analizar lo que hay en cada uno de los platillos de la balanza que pesa las soluciones en conflicto. De un lado, adquiere un gran peso la seguridad jurídica que, según el caso, se daña o se preserva. No se trata aquí, como en la prescripción del delito o de la pena, de que el Estado no investigue unos hechos que deben ser investigados o no ejecute la condena que debe ser ejecutada, sino de que el Estado, a través del Tribunal Constitucional, remueva una decisión absolutoria que había declarado con toda firmeza y solemnidad, y que comporta, tras un lapso de bastantes meses o incluso de años, el nuevo sometimiento del procesado al rigor de una causa penal y a la incertidumbre de la imposición de una pena.

El razonamiento de la STC 41/1997 era el siguiente: «(...) La L.E.Crim., en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales. Que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (“*double jeopardy*”). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la L.E.Crim., para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión “contra reo”: evitar que el ciudadano sea “víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado”, evitarle las “vejeciones” que resul-

lar las resoluciones impugnadas y a retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior al de la verificación de la lesión procedimental estimada» (f. j. 1.º).

En materia de protección penal del honor podría darse la circunstancia de que la resolución recurrida sea no sólo atentatoria del derecho al honor, sino de tal modo incorrecta que suponga un vacío de tutela, una respuesta arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto del error patente. Si ello fuera así, al amparo declarativo propio de la vulneración del derecho al honor, o antes del mismo, habría que añadir un amparo que comportara la retrotracción de actuaciones. Esto es, por cierto, lo que sucedió en la STC 31/1996 en relación con un archivo de querrela por detenciones ilegales.

tarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de “ciudadano de un pueblo libre”.

Las consideraciones que acaban de exponerse, unidas a la naturaleza de la jurisdicción constitucional de amparo que, como dijimos en la STC 114/1995, “no ha sido concebida sino para corregir posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas” (fundamento jurídico 2.º), ponen de manifiesto la inviabilidad de anular en esta sede una Sentencia con pronunciamiento absolutorio de fondo que haya adquirido firmeza, sobre la base de un derecho de acción que el legislador, en virtud de un sólido fundamento constitucional, ha declarado ya extinguido, prolongando indebidamente, en sede de amparo, el proceso penal» (f. j. 6).

De otro lado es cierto que, si se hacen prevalecer estas trascendentes consideraciones de seguridad, se dañan los intereses de justicia que reclaman el restablecimiento de la garantía procesal ignorada, el disfrute de un proceso limpio. Pero aunque este daño no quede eliminado en su propia naturaleza —en ello reside la sustancia del conflicto que afrontamos—, no debe olvidarse la aminoración del mismo que el titular de la garantía procesal obtiene con su declaración de amparo y que no encuentra correlativo en la situación de quien, levantada su firme absolución, se ve de nuevo abocado al proceso penal. Frente a éste, que parece que en su caso tendrá que pechar sin más con un nuevo juicio, el acusador recurrente en amparo obtendrá en todo caso la declaración de que el órgano judicial ha vulnerado su derecho fundamental y la posibilidad de obtener una indemnización que compense este error judicial.

Como afirma la STC 218/1997, el que «por poderosas razones de seguridad jurídica no pueda esta jurisdicción añadir la anulación de una Sentencia absolutoria firme a su declaración de lesión de un derecho fundamental en el seno de un proceso penal (STC 41/1997)», no deja a esta declaración «vacía de incidencia objetiva en el ordenamiento, de efectivo contenido de reparación moral y de potencial para generar una futura indemnización por mal funcionamiento de la administración de la justicia penal» (f. j. 2.º).

Creo, en fin, que *estamos ante una situación relevantemente análoga a la que sustenta la prescripción del delito o de la pena por el paso del tiempo sin actividad pública significativa para el enjuiciamiento o la ejecución: que, en los casos que analizamos, la seguridad jurídica aconseja*

*que tras el transcurso del lapso de tiempo relevante que comporta el proceso de amparo no se remueva una absolución penal que se entendió como firme por el hecho de que, por error, los propios órganos estatales cometieran un error en la aplicación de la Constitución*⁵².

V. Conclusiones

1. El interés jurídico principal de esta sentencia se encuentra en su afrontamiento explícito o implícito de tres cuestiones que son doctrinalmente polémicas, que se refieren a la propia estructura de la protección constitucional del honor, y que por ello, en cuanto previas a los propios criterios de resolución del conflicto entre el derecho al honor y las libertades de información y de expresión, pueden resultar aún más trascendentes que los mismos: si el proceso penal puede ser un proceso de amparo de derechos fundamentales; si debe constituir el objeto del amparo constitucional el comportamiento del particular lesivo del derecho al honor de otro, o las resoluciones judiciales que deniegan el amparo ordinario; si una de las consecuencias del amparo constitucional puede ser la anulación de una sentencia penal absolutoria.

2. Tal como presupone la sentencia, el proceso penal por injurias o calumnias constituye una vía de amparo del derecho fundamental al

⁵² En este sentido considera XIOL RÍOS que «podría, pues, sostenerse que la incertidumbre que todo inculpado debe soportar alcanza hasta la firmeza de la sentencia absolutoria y que, más allá de este punto, no es posible corregir (en contra del acusado absuelto) los errores jurídicos cometidos por el tribunal penal, pues así lo exige el principio de seguridad jurídica» (en «Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez Picazo “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”», en AA.VV., «La sentencia de amparo constitucional», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, págs. 103 y s.). Y similar es la postura de los comentaristas de la jurisprudencia constitucional de la Revista de Derecho Constitucional (REQUEJO PAGÉS, DUQUE VILLANUEVA, TERROL BECERRA, y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ), cuando señalan que «el recurso de amparo, al igual que el equívocamente denominado recurso de revisión, no es propiamente un recurso, sino un nuevo proceso con efectos rescisorios de cosa juzgada, incluida, en principio, la penal. Ahora bien, nadie ha de ser juzgado dos veces por unos mismos hechos. Por esta razón sólo es posible hacer uso de la revisión penal para pretender la inocencia frente a una declaración firme de culpabilidad, y nunca a la inversa, esto es, para que puedan el Fiscal o las acusaciones particulares, mediante un nuevo proceso, demostrar una culpabilidad inicialmente no probada. Lo mismo acontece con el recurso de amparo constitucional. En tanto que procedimiento al servicio de la defensa de los derechos fundamentales, no puede, a través del proceso de amparo, pretenderse la rescisión de una Sentencia penal firme y absolutoria. Tal posibilidad únicamente es posible de modo unidireccional en relación con la sentencia penal condenatoria» (núm. 50, 1997, pág. 183).

honor, sin que obste a ello el que lo sea parcial —sólo ante las intromisiones dolosas y graves— y peculiar —el amparo podrá quedar impregado por la constatación previa de la ausencia de algún elemento delictivo—.

A) Esta concepción es, en primer lugar, la más coherente con el efecto real del proceso penal, que comportará una declaración de la lesión del derecho al honor y las mismas posibilidades de reparación del mismo que el proceso exclusivamente civil. Es además la que preserva en mayor medida la efectividad de la tutela judicial, al posibilitar que quien acuda a la vía penal pueda hacerlo con inmediata posterioridad al amparo constitucional. Es, finalmente, la que provee de una mayor protección jurídica general del derecho al honor, pues la tesis alternativa dealienta la vía penal en unos supuestos en los que no cabe su promoción pública: somete al querellante insatisfecho con la lectura constitucional de los órganos penales a una espera forzosa, prolongada y muy probablemente inútil antes de poder obtener una respuesta cualificada y definitiva a su queja por parte del Tribunal Constitucional.

B) La crítica a la concepción del proceso penal como proceso de amparo recibe las cuatro siguientes objeciones: induce a entender que existe un derecho a la punición del vulnerador como contenido del derecho vulnerado; en el proceso penal no hay propiamente un juicio constitucional; sitúa la decisión del Tribunal Constitucional antes que una posible decisión de los tribunales de lo civil; prolonga el tránsito de la vía penal a la civil y puede provocar por ello la caducidad de la acción civil.

Ninguna de ellas parece determinante para arrumbar la concepción que critican. Debe señalarse al respecto, en primer lugar, que una cosa es que el proceso penal funcione como proceso de amparo en la medida en que responda a la cuestión básica de si ha existido una intromisión ilegítima en el honor del querellante, y otra muy distinta es que el resto de las cuestiones civiles y penales que se ventilen en el proceso penal formen parte de dicho juicio ordinario de amparo y que lo hagan además como cuestiones vinculadas al restablecimiento del derecho fundamental. Que el proceso penal por calumnias o injurias sea un proceso de amparo del derecho del honor no comporta el que exista un derecho a la pena del calumniado o injuriado: puesto que ello no se deriva del contenido de su derecho al honor, puesto que ello no restablece su derecho al honor, y puesto que la relación punitiva es una relación entre la sociedad —el Estado— y el delincuente mediada además por otros muchos requisitos añadidos al de la intromisión ilegítima en el honor ajeno.

Debe oponerse a la segunda de las críticas enunciadas que el juicio de antijuridicidad penal comporta necesariamente un juicio general—constitucional— acerca de si hubo una lesión del derecho al honor y acerca si la misma era ilegítima: si no quedaba justificada por el ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información. Y por lo que respecta a la posible ubicación procesal intermedia del juicio constitucional de amparo debe destacarse que no es sino la consecuencia de la imposibilidad o la inconveniencia de que sea el propio Tribunal Constitucional el que determine las medidas de compensación indirecta del daño al honor.

La crítica relativa al riesgo de caducidad de la acción civil, finalmente, alude a un efecto altamente improbable, corregible por otras vías procesales indemnizatorias y, en cualquier caso, asumible como carga de una determinada estrategia procesal. Expresado lo anterior, cabe aún discrepar del presupuesto de la crítica: denegado el amparo ordinario por los órganos de lo penal a través de la afirmación de que no ha concurrido una intromisión ilegítima en el honor ajeno, nos encontramos ante una cosa juzgada que hace inviable el acceso a la vía civil y que detiene por ello el cómputo del plazo de caducidad de la acción correspondiente.

3. La pregunta acerca de si el objeto de análisis de este tipo de sentencias de amparo debe serlo el comportamiento de unos particulares a los que se les atribuye la lesión de un derecho fundamental de otro, o el comportamiento de los órganos judiciales que denegaron el amparo ordinario a quien se quejaba de la violación de su derecho, es una pregunta acerca de la intensidad del control del Tribunal Constitucional en relación con la interpretación y aplicación de la Constitución por parte de los órganos judiciales. Un control de los aspectos más concretos de la interpretación constitucional parece menos acorde con la legitimación indirecta de la competencia jurisdiccional de amparo para las lesiones infligidas por particulares y, frente a una asentada concepción de la distribución de tareas normativas y jurisdiccionales en materia de derechos fundamentales, sugiere que, al menos con relación al honor y a las libertades comunicativas, existe una regulación precisa, inferida por la jurisprudencia constitucional, que el legislador debe plasmar y el juez aplicar, o que la función del Tribunal Constitucional es la de velar, no porque la solución al conflicto sea una de las constitucionalmente posibles, sino porque sea la constitucionalmente idónea.

Este modo jurisdiccional de operar, despierta aún, al menos, dos preguntas añadidas. La primera es la de que se le acaba reprochando al juez la vulneración de un derecho fundamental por el desconocimiento de

una jurisprudencia que, en su precisión, va a ser normalmente incognoscible. La segunda es que el Tribunal Constitucional acaba analizando la subsunción constitucional del caso concreto desde un conocimiento de lo sucedido adquirido en unas condiciones de fiabilidad inferiores a las de los órganos judiciales.

4. Tal como lo entiende la sentencia, en los supuestos de lesión del honor a través de una resolución penal absolutoria el otorgamiento del amparo constituye en sí un acto comunicativo que restablece el derecho lesionado. Este otorgamiento no comporta, en cambio, la anulación de aquella resolución, puesto que la misma no es una medida de conservación o restablecimiento de tal derecho.

Al hilo de esta reflexión surge otra más ardua: la de si cabe anular una resolución penal absolutoria cuando sí sea necesario para el restablecimiento del derecho cuyo amparo se otorga. Creo que cabe pensar que, analizados los valores constitucionales en juego, se produciría una mayor preservación global de los mismos con la afirmación de una radical intangibilidad de las absoluciones penales por parte de la jurisdicción de amparo. Creo que estamos ante una situación relevantemente análoga a la que sustenta la prescripción del delito o de la pena por el paso del tiempo sin actividad pública significativa para el enjuiciamiento o la ejecución: que, en los casos que analizamos, la seguridad jurídica aconseja que tras el transcurso del lapso de tiempo relevante que comporta el proceso de amparo no se remueva una absolutoria penal que se entendió como firme por el hecho de que los propios órganos estatales cometieran un error en la aplicación de la Constitución.