

## **Libertad de información y ponderación**

**El derecho a la información de un periodista no prevalece siempre, necesariamente, frente al derecho a la vida privada; puede haber circunstancias en las que no sea así**

**Suele decirse que la justificación de una decisión judicial consiste en un proceso de subsunción, si, para el caso en cuestión, se puede partir de una regla, de una pauta específica de conducta, bajo la cual se subsumen los hechos concretos del caso**

**Un problema de ponderación supone que, para resolver un determinado caso, existen dos (o más) principios que tiran en direcciones opuestas**

**Si el juez hubiese hecho bien la ponderación, se habría dado cuenta de que lo que tendría que haber hecho prevalecer en su resolución era la libertad de expresión.**

**Lo que me parece peor de la sentencia (en la que, por cierto, hay que reconocer un notable esfuerzo de fundamentación) es que trasluce una concepción formalista y yo creo que profundamente equivocada del Derecho**

### **La condena a los periodistas de la cadena Ser y sus críticos**

En los últimos días se ha comentado con profusión (y, en general, en sentido crítico) la sentencia de un juez de lo penal de Madrid que condenó, por “revelación de secretos”, a un año y nueve meses, más otra serie de penas accesorias, a dos periodistas de la cadena SER que habían publicado en la página web de la emisora una lista de militantes del Partido Popular que se afiliaron irregularmente (o sea, sin seguir los procedimientos estatutarios) a ese partido. Esa afiliación estaba ligada a un proceso de luchas internas en el PP y tenía también alguna conexión con un escándalo urbanístico.

Una de las críticas más duras que he leído es la dirigida por Juan Luis Cebrián, en *El País* de 10 de enero. Tras algunas consideraciones algo maliciosas sobre la carrera del juez (que había accedido a su cargo desde su anterior condición de secretario judicial), y sobre la “pésima calidad” de la sentencia (que no merece “respeto alguno” desde ningún punto de vista: legal, político o gramatical), Cebrián considera que las deficiencias jurídicas del documento en cuestión se deben a estas tres circunstancias: a) no tiene en cuenta “la prevalencia constitucional del derecho a informar sobre el de protección de la vida privada, cuando se trata de noticias relevantes y de interés general”; b) a dichos efectos se desprecia “la veracidad de la noticia y la eficacia profesional con que fue elaborada”; y c) “se establece el peculiar criterio de que las informaciones a través de Internet no merecen la protección prevista en el art. 20 de nuestra Constitución, pues no se trata de un medio de comunicación social, sino universal”. En opinión de Cebrián, la sentencia es un “despropósito”, una

“agresión a la convivencia democrática”, pues pretende mandar a la cárcel y tratar como delincuentes a dos personas “por cumplir con sus obligaciones como ciudadanos y como periodistas, y por rendir así un servicio valioso a la sociedad”.

Yo creo que Cebrián (a pesar de su tono descalificatorio un tanto excesivo) tiene básicamente razón al criticar la sentencia. Pero hay varios extremos en su planteamiento que habría que matizar. Uno es que el derecho a la información de un periodista, con tal de que se trate de noticias veraces y con relevancia pública, no prevalece siempre, necesariamente, frente al derecho a la vida privada; puede haber circunstancias en las que no sea así. Otro se refiere a la afirmación del juez en relación con Internet. Es cierto que se trata de una afirmación sin mucho sentido; yo diría incluso que es conceptualmente errónea, puesto que “universal”, simplemente, no se contrapone a “social”. Pero la verdad es que, leyendo la sentencia, uno se da cuenta de que ese es un argumento (si realmente lo es) al que el propio juez atribuye poco peso; podríamos decir: es una premisa prescindible de su argumentación. Y un último extremo concierne a algo que Cebrián (y, por lo que yo recuerdo, en general, los periodistas del grupo de medios al que pertenece la SER) omite pero que, sin embargo, es probablemente el argumento de más peso (junto con la interpretación que el juez hace de la intimidad en relación con el dato de pertenecer a un partido político) de los que aparecen en la sentencia para condenar a los periodistas; me refiero a la insistencia del juez de que para dar la información (a la que reconoce relevancia social y veracidad) no era necesario haber publicado esa lista de nombres.

### **Ponderación y derrotabilidad en el razonamiento jurídico**

El caso a resolver integra –cabría decir- un problema de ponderación, aunque el juez no lo haya planteado formalmente así. O, mejor dicho, no exactamente. Normalmente, suele decirse que la justificación de una decisión judicial, en lo esencial, consiste en un proceso de subsunción, si, para el caso en cuestión, se puede partir de una regla, o sea, de una pauta específica de conducta, bajo la cual (bajo cuyo supuesto de hecho) se subsumen los hechos concretos del caso. Mientras que tiene que procederse a una ponderación cuando el juez no tiene a su disposición una regla, sino principios; dicho de manera más exacta, el juez tiene que transformar esos principios en una regla (en eso consiste la ponderación) y, una vez obtenida la regla, podrá proceder ya a la subsunción. Pues bien, la sentencia utiliza, en primer lugar, un procedimiento argumentativo subsuntivo: comienza por establecer como probado el hecho de que los periodistas (a los que siempre califica de “acusados”) cedieron a la sociedad *Ser.com* ciertos datos sin contar con la autorización de los afectados, y concluye (al cabo de algunas páginas –demasiadas- de lectura ciertamente farragosa) que esa conducta cae dentro del art. 197.2 (descubrimiento y desvelación de secretos); incluso que integra un tipo agravado (el 197.5), al haber revelado datos “referentes a la ideología”, o sea, a la afiliación a un partido político. En segundo lugar, una vez dado ese primer paso, a efectos de resolver si el haber obrado los periodistas en el ejercicio legítimo de un derecho puede considerarse como una eximente, es cuando la argumentación del juez adopta la forma de una ponderación.

Es interesante hacer notar que, si se quisiera reconstruir la sentencia desde un punto de vista lógico (o, si se prefiere, desde el punto de vista del *contexto de justificación*), la argumentación del juez de nuestro caso tendría un carácter básicamente ponderativo: la clave de la misma es que, como resultado de la ponderación que el juez efectúa, los hechos no integran un supuesto de eximente completa (sino sólo incompleta), de manera que se condena en aplicación del referido artículo 197, 2 y 5. Dicho de otra manera, la ponderación es (lógicamente) previa a la subsunción; condición necesaria para efectuar la subsunción como él lo hace. Pero desde un punto de vista “narrativo” (o del *contexto de descubrimiento*<sup>1</sup>), las cosas se

---

<sup>1</sup> La distinción entre esos dos contextos está tomada de la filosofía de la ciencia. Trasladada al campo de la argumentación (jurídica), quiere decir que una cosa es el procedimiento (los pasos que tienen lugar en la cabeza del juez) mediante el cual se llega a establecer

presentan de manera distinta. Cuando el juez empieza a efectuar la ponderación (en el fundamento cuarto titulado “circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, y después del fundamento segundo, “calificación jurídica de los hechos”, y tercero, “autoría o participación”), el lector ha llegado ya a la conclusión (inducido obviamente por la manera cómo el juez plantea la motivación) de que los hechos en cuestión (según lo argumentado por el juez) son delictivos. Diríamos que habría algún tipo de contradicción (aunque no fuera estrictamente lógica) en haber realizado un esfuerzo (argumentativamente) tan considerable para concluir que se ha satisfecho el tipo respectivo, y luego concluir que concurre, no obstante, una eximente completa, de manera que los hechos, al fin y al cabo, no serían punibles.

Nos encontramos aquí, por cierto, con una cuestión de gran interés desde el punto de vista teórico y que consiste en lo siguiente. En los últimos tiempos, los teóricos del Derecho y de la argumentación han prestado gran atención a la cuestión de la “derrotabilidad”. Lo que quiere decirse con ello, es lo siguiente. El concepto clásico de deducción o inferencia lógica implica la nota de *monotonía*, es decir, si a partir de una determinada premisa se infiere una conclusión, entonces esa conclusión puede seguir infiriéndose, aunque sigamos añadiendo cualquier otra premisa. Por ejemplo, de las premisas “si alguien muere sin dejar testamento y tiene como único familiar un nieto, entonces este último es el heredero universal del primero” y “A ha fallecido sin dejar testamento y tiene como único familiar a su nieto B”, se infiere la conclusión: “B es el heredero universal de A”. Y a esa misma conclusión sigue llegándose deductivamente si a las anteriores premisas se le agregase esta otra: “B es notario de Madrid” (lo que aceptaríamos cómodamente); o bien (y esto ya si que lo consideraríamos problemático, antiintuitivo): “B es el asesino de A”; o sea, no pensaríamos que, si aceptáramos esta última premisa, podríamos seguir aceptando también la conclusión. Dicho de otra manera, el razonamiento jurídico (como, en general, el razonamiento de la vida ordinaria) parece ser no monótono, esto es, nuestras conclusiones se van (o pueden irse) modificando a medida que agregamos información (premisas). Pues bien, una manera de evitar ese resultado indeseable (o, si se quiere, de dar cuenta de ese rasgo de no monotonía), consiste en tratar las premisas (lo que aquí nos interesa: la premisa normativa) como si fueran ellas mismas derrotables, esto es, revisables. La idea es que una norma jurídica (o, por lo menos, algunas de ellas) llevarían siempre consigo una especie de cláusula de “a no ser que...”. Por ejemplo, la norma penal que castiga la desvelación de secretos no habría que formularla exactamente como aparece en el art. 197.2 y 5 del Código penal: “El que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal que revelen la ideología de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, en su mitad superior”<sup>2</sup>. Su enunciado exacto sería: “El que...a no ser que (por ejemplo, y entre otras cosas) concorra la eximente de ejercicio legítimo de un derecho”.

Pues bien, el interés teórico al que antes me refería consiste en comprobar que la teoría clásica del delito, o sea, el concepto de delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible es, en cierto modo, una manera de dar cuenta, de institucionalizar, ese rasgo de no monotonía del razonamiento jurídico (penal). Precisamente por eso, el esquema resulta de gran utilidad para quien tiene que argumentar (como abogado defensor, como fiscal, como juez) en ese contexto. Pero es muy importante ser consciente de que una cosa es la formulación que uno puede encontrarse en el Código penal (el mencionado art. 197.2 y 5) y otra la premisa acabada de un razonamiento (por ejemplo, del silogismo judicial) que, al menos en los casos de

---

una premisa o conclusión (contexto de descubrimiento), y otra el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión (contexto de justificación)

<sup>2</sup> El enunciado es, en realidad, el resultado de combinar el art. 197, apdos 1, 2 y 5, pero sin someterlo a ningún proceso de interpretación

alguna complejidad, exige una operación (que puede ser muy ardua) de manejo – interpretativo- de los textos. Podríamos decir, como conclusión de todo lo anterior, que, en contra de lo que parece pensar el juez de nuestro caso, la norma, la premisa mayor, de su razonamiento no se encuentra sin más en el artículo 197 que él esgrime. O, si se quiere, la interpretación adecuada de ese artículo exigía un ejercicio (previo) de ponderación.

### **Un problema de ponderación entre la libertad de información y el derecho a la intimidad**

Un problema de ponderación supone que, para resolver un determinado caso, existen dos (o más) principios que tiran en direcciones opuestas. Así, en relación con el de los dos periodistas de la cadena *Ser*, estaríamos frente a un supuesto en el que, en principio, se llegaría a una conclusión distinta (opuesta) si se entendiera que lo que ha de prevalecer es el derecho a la libertad de expresión, o bien el derecho a la protección de la intimidad (y, en concreto, de los datos personales). A favor de cada uno de esos principios, pueden aducirse –se han aducido- razones de cierto peso, de acuerdo con las circunstancias del caso (o sea, aparte de las razones de tipo general existentes para considerar que la libertad de expresión y la intimidad son bienes valiosos). Así, en favor del primero, como se ha dicho, obrarían fundamentalmente: a) el interés general -la relevancia- de la información, y b) su veracidad. Y, en favor del segundo (de acuerdo con la sentencia), las tres siguientes consideraciones: a') Internet no es un medio de comunicación social, sino universal (fundamento de Derecho tercero), b') "revelar la afiliación a un determinado partido político afecta a la intimidad más estricta de toda persona al tratarse de un dato de absoluta privacidad"<sup>3</sup> (fundamento de Derecho segundo, apdo V), y c') la información facilitada (la lista de nombres) pudo ser necesaria para la confección de la noticia, pero lo que no era necesario era difundirla (fundamento jurídico cuarto).

Pues bien, el juez se equivocó al decantarse a favor del derecho a la intimidad, porque efectuó mal esa ponderación, o sea, atribuyó a estos tres últimos factores un peso que, realmente, no tienen. Lo de que Internet no es un medio de comunicación social no es –como se ha dicho- una afirmación atendible y, por tanto, no cabe atribuirle ningún peso. Tampoco parece aceptable que el dato de estar afiliado a un partido político forme parte del núcleo duro de la intimidad: los partidos políticos son, precisamente, instrumentos para la participación en la vida pública; en ese sentido, una información a ese respecto tiene un carácter muy distinto, por ejemplo, a una referida al padecimiento de una enfermedad, como el SIDA, que, efectivamente, sí habría que considerar que forma parte de ese núcleo duro; así es que, en caso de atribuirle a b') algún peso, éste tendría que ser mínimo. Y, en fin, dado que el dato en cuestión no forma parte de tal núcleo duro (unido al hecho de que la información era relevante y veraz), la consideración de si su divulgación tenía o no carácter necesario no puede hacerse en términos muy estrictos; quiero decir, basta con considerar que esa divulgación no fue completamente gratuita (y los hechos del caso hacen pensar que, efectivamente, no lo fue), para llegar a la conclusión de que estaba justificado hacerla; de manera que, también en relación con c'), su peso o es inexistente o es mínimo. En definitiva, si el juez hubiese hecho bien la ponderación, se habría dado cuenta de que lo que tendría que haber hecho prevalecer en su resolución era la libertad de expresión.

Para seguir con el esquema anterior. La ponderación correcta supondría que el juez construye, como premisa de su razonamiento, una norma (lo que antes he llamado la "premisa acabada de su razonamiento") que aproximadamente podría formularse así: "si un periodista 1) revela datos relativos a la pertenencia de alguien a un partido político, 2) la información es socialmente relevante, 3) veraz, 4) se difunde a través de Internet y 5) no puede entenderse como absolutamente gratuita, entonces

---

<sup>3</sup> Puesto que sería "revelación de ideología" y, en consecuencia, caería dentro del tipo agravado del 197.5

esa conducta no puede considerarse como de “desvelación de secretos” a efectos del art.197 del Código penal”. Es lo que suele llamarse la “ratio decidendi” de un caso y que podrá, en ciertas circunstancias, tener valor de precedente.

### ¿Qué concepción del Derecho?

Me parece que una de las circunstancias que pueden haber llevado al juez a equivocarse es no haber percibido la diferencia existente entre el caso que tuvo que decidir y otro anterior (resuelto por el Tribunal Supremo en 1999, y al que la sentencia se refiere en el fundamento cuarto) en el que se condenó a un periodista que publicó en un determinado diario que dos internos en un Centro Penitenciario, de los que reveló sus nombres y apellidos, tenían el SIDA y trabajaban en la cocina. Es, sin duda, un ejemplo que sirve para darse cuenta de que Cebrián (y quienes piensan como él) yerran al creer que basta con que una noticia sea relevante y veraz para considerar que, en nombre de la libertad de información, está justificada su difusión. Pero, como se ha dicho, el dato de afiliarse al PP (con independencia de que haya sido o no de forma regular) no puede merecer la misma protección (sobre todo, si se trata de protección penal) que el de haber contraído el SIDA. El juez pudo haber creído de buena fe que estaba siguiendo un precedente y aplicando una norma válida de su sistema, pero realmente no era así.

Por lo demás, lo que a mí me ha gustado menos de la sentencia (en la que, por cierto, hay que reconocer un notable esfuerzo de fundamentación) es que trasluce una concepción formalista y yo creo que profundamente equivocada del Derecho. Leyéndola, uno tiene la impresión de que el juez considera el Derecho como una serie de disposiciones autoritativas, que debe aplicar de manera rígida e inflexible, sin pararse a pensar si el resultado al que llega, la decisión que adopta, es o no razonable. Pero esa no puede ser una concepción adecuada del Derecho; sobre todo, del Derecho de un Estado constitucional. En lugar de ello, el jurista, el juez, debería ver en las normas legales y constitucionales, en los precedentes, etc. un material que ha de manejar honesta e inteligentemente para resolver con justicia un caso. El Derecho no puede –o no debería- ser otra cosa que sentido común refinado.

---

**Manuel Atienza** es catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante.

---

### ABSTRACT

El artículo comenta la reciente sentencia de un juez de lo penal de Madrid que condenó, por “revelación de secretos”, a un año y nueve meses, más otra serie de penas accesorias, a dos periodistas de la cadena SER que habían publicado en la página web de la emisora una lista de militantes del Partido Popular que se afiliaron irregularmente a ese partido; esa afiliación estaba ligada a un proceso de luchas internas en el PP y tenía también alguna conexión con un escándalo urbanístico. El autor está de acuerdo con la tesis de fondo (muy crítica) sostenida por Juan Luis Cebrián en un trabajo publicado en El País del 10 de enero, pero formula a la misma diversas matizaciones. Aclara luego la noción de ponderación y de derrotabilidad del razonamiento jurídico. Y muestra las razones por las que la ponderación efectuada por el juez (en la que prevalece la protección a la intimidad) estaría, en su opinión, mal hecha. Finalmente, Atienza le reprocha a la sentencia el haberse basado en una concepción formalista del Derecho que él juzga “profundamente equivocada”.