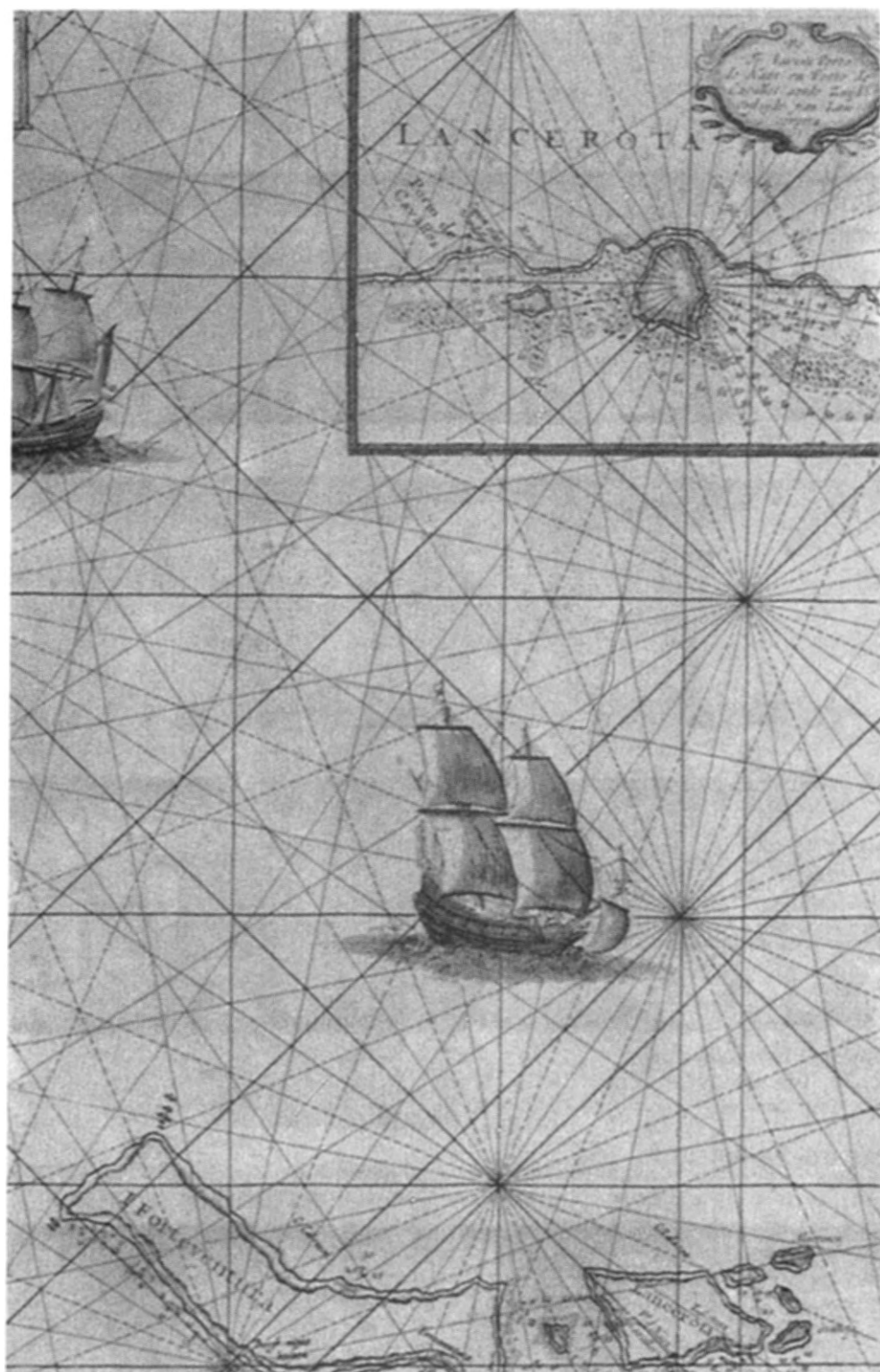


Revista del Foro Canario



82

Las Palmas de Gran Canaria, 1991

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA PROTECCIÓN DEL HONOR: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, PENAL Y CIVIL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

MANUEL ESPINOSA LABELLA
MAGISTRADO

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DEL HONOR.
- II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL HONOR:
 - A) PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.
 - B) PROTECCIÓN PENAL:
 - 1. Tipicidad.
 - 2. Antijuricidad.
 - 3. Culpabilidad.
 - 4. Punibilidad.

C) PROTECCIÓN CIVIL:

1. Derecho comparado.
2. La problemática de la regulación conjunta del honor, la intimidad y la propia imagen.
3. La prejudicialidad penal.
4. Caracteres del derecho al honor que tutela la Ley Orgánica 1/1982.
5. Examen de los supuestos de intromisión ilegítima.
6. El problema de la exceptio veritatis en los ilícitos civiles que atenten contra el honor.
7. Legitimación para ejercitar las acciones civiles contra los autores de intromisiones ilegítimas.
8. Procedimientos para hacer efectiva la tutela judicial.
9. Medidas cautelares tendentes a evitar más intromisiones y proteger al perjudicado.

III. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN:

1. La solución al conflicto en el ámbito de la jurisprudencia anglosajona.
2. La solución al conflicto en el Derecho español.
3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE AUTORIDADES, POLÍTICOS Y CARGOS PÚBLICOS.

V. LA ELECCIÓN DE LA VÍA MÁS ADECUADA.

VI. LA INDEMNIZACIÓN POR LESIÓN DEL HONOR.

VII. CONCLUSIONES.

Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DEL HONOR

El estudio del honor en nuestro Ordenamiento jurídico requiere una valoración sobre el propio concepto del honor, pues este bien jurídico no siempre ha tenido la misma consideración a lo largo de nuestra historia. Desde el honor como bien justificador de causas propias como ajenas, que permite la motivación de una existencia conforme a formas de vida medievales y quijotescas, pasando por el honor calderoniano que lo entiende como patrimonio del alma, hasta el honor como derecho fundamental de la persona, se ha producido una evolución que lógicamente tiene que influir en la regulación normativa de aquél.

Por tanto una de las primeras tareas que se imponen al estudiar este derecho es definir lo que es el honor. Siguiendo a Muñoz Conde en su tratado de Derecho Penal⁽¹⁾ se pueden distinguir dos tipos de conceptos, el honor individual o subjetivo, entendido como lo que cree un sujeto que opinan de él los demás, y el honor objetivo o lo que realmente opinan los demás de uno. Para el citado autor lo objetivo conduce a lo subjetivo, de modo que exijo lo que creo que opinan los demás, aunque finalmente domine lo subjetivo como lo acreditan las normas procesales incluidas en el C. Penal (necesidad en principio de querella, validez del perdón del ofendido...).

Para Quintero Olivares⁽²⁾ el derecho al honor viene marcado desde un punto de vista conceptual por las palabras que configuran los tipos penales que se ocupan de la protección del honor en este ámbito, de modo que el honor aparece como lo contrario a la deshonra, descrédito o menosprecio, fórmulas procedentes del siglo XIX —según el citado autor— y no válidas actualmente tras la promulgación de la Constitución de 1978. Además el honor se encuentra incluido dentro del concepto más amplio de dignidad, que puede ser atacada sin necesidad de atentarse contra el honor de una persona y éste se presenta como la cristalización personalísima de aquel valor fundamental del ordenamiento jurídico y de la convivencia.

Nos encontramos, pues, con que el concepto del honor va unido a las circunstancias históricas y a los valores dominantes en una sociedad. Por ello ese sentimiento tradicional en la humanidad se ha convertido con el reconocimiento

(1) Muñoz Conde, Francisco *Derecho Penal-Parte especial*, Sevilla. 1982. pág. 97.

(2) Quintero Olivares, Gonzalo: "La intervención del derecho penal en la protección del honor", en *Poder Judicial*. N.E. XIII. pág. 65.

progresivo de la dignidad del hombre en un derecho de la personalidad recogido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 12, y en diversos textos constitucionales. Así por ejemplo la Constitución de Bulgaria (1971) dice en su art. 50 que todo ciudadano tiene derecho a ser protegido contra todo atentado a su honor y a su reputación. La Constitución de Portugal (1976) reconoce en su art. 33 a todos el derecho al buen nombre y reputación y la de Irlanda (1937) matiza en su art. 40 que “el Estado protegerá con sus leyes en la medida de lo posible ... el buen nombre... del ciudadano frente a todo ataque injustificado”. A pesar de los anteriores ejemplos lo cierto es que, como señala Zubiri de Salinas, aunque el derecho al honor está universalmente reconocido, sin embargo no ha tenido por lo general expresa consagración universal en el ámbito constitucional, lo que se comprueba examinando los textos de la Leyes fundamentales de gran parte de los países occidentales⁽³⁾.

En nuestro Derecho la Constitución de 1978 le otorga el rango de derecho fundamental (art. 18) y le otorga la importancia de ser uno de los límites de la libertad de expresión, cosa que no sucede en otros textos fundamentales, cuestión que trataremos más adelante.

En los códigos que resultan de la corriente codificadora del pasado siglo, el honor, sin embargo, se encuentra olvidado en el Código Civil (por no haberse plasmado las teorías sobre los derechos de la personalidad, construida por la doctrina), y protegido en el C. Penal con una regulación que la doctrina en general considera defectuosa (por ejem. Quintero Olivares, García de Pablos, Pablo Salvador, entre otros). La razón no puede ser otra que la evolución social del concepto del honor y su valoración, unida a la necesidad de adaptar la legislación penal a los valores dominantes en la sociedad actual. Téngase en cuenta, además, que la teoría del derecho al honor ha ido destilando la conceptualización del mismo hasta diseccionar a este bien jurídico (véase el caso de la obra de Sáinz Cantero *El contenido sustancial del delito de injurias*).

Ahora el honor no es un bien individual sino que hay que considerarlo (como sucede con la mayoría de los derechos) en relación con los demás miembros de la sociedad. Ya no se trata sólo de reclamar que se proteja mi honor, o mejor dicho, la idea que yo tengo sobre el mismo, sino de relacionar lo anterior con la conceptualización que los demás tienen de mi, que sin duda influye en mi propia idea del honor, y hasta qué punto la sociedad puede entender que

(3) Zubiri de Salinas: *Libertad de expresión y derecho penal*. Madrid. 1985. (Publicaciones del Inst. de Criminología-con otros autores).

ese derecho individual ha sido lesionado. A diferencia del honor calderoniano este bien jurídico ya no es defendible individualmente (aunque se deje el inicio y continuación de su defensa a los particulares por vía judicial) sino que su protección se encuentra condicionada por la valoración media que la sociedad otorgue a esta faceta de la dignidad. Por otra parte, es posible que la sociedad considere en determinados momentos que este derecho de la personalidad se tenga que sacrificar en beneficio de bienes jurídicos colectivos, como veremos más adelante. Entiendo que la plasmación de esas valoraciones sociales medias se produce a través de los estados de opinión, que a su vez influyen en los encargados por el Estado de proteger, frente a ataques de terceros, el honor de las personas, o sea, los jueces.

Para concluir se puede afirmar que jurídicamente aparece desfasada la definición que nos ofrece el diccionario sobre el honor: “gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas”, de claro matiz subjetivo e individualista.

Me atrevería a definir a este bien jurídico, con arreglo a lo expuesto anteriormente, como el derecho que tiene toda persona a que se respete su reputación y se le proteja frente a los ataques de terceros que merezcan esa consideración en la valoración social.

En cualquier caso, no se puede olvidar la trascendencia que el tema del honor y su protección tienen hoy día en la sociedad y en los medios de comunicación de masas, en donde periódicamente están apareciendo casos sonados de supuestas lesiones al buen nombre de personajes más o menos públicos (por ejem. el caso de la *Gaceta Regional* de Salamanca, en donde se acusaba —14 de Octubre 1984— a la esposa de un militante de un partido político de conseguir un puesto de trabajo gracias a las influencias de su marido: “de la nada a las 800.000 pts. mensuales”. “Hay esposas consorte, con verdadera sorte”. “Venga impuestos para sostener tal cantidad de enchufes”. Este caso fue resuelto por la vía civil por la Audiencia Territorial de Valladolid, que revocando la sentencia de primera instancia, otorgó una indemnización de 500.000 pts. a los demandantes, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo —citada por Pablo Salvador y otros⁽⁴⁾. Quizás de los asuntos más sonados fue la sentencia dictada por el T. Supremo con motivo de las controvertidas palabras del Alcalde de Jerez de la Frontera sobre la Justicia, pasando por la serie

(4) Pablo Salvador, M.T. Castiñeira, D. Felipe y otros en *¿Qué es difamar?. Libelo contra Ley de Libelo*. Civitas. 1987.

de querellas interpuestas por el Fiscal General del Estado contra varios medios de comunicación por las críticas políticas vertidas por varios periodistas y que fueron mayoritariamente desestimadas cuando no admitidas a trámite, y terminando por la Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se absolvía al periodista Juan Luis Cebrián por llamar a una persona de “exaltado e irascible”, mientras que en otra sentencia del mismo tribunal se condenaba al también periodista Pedro J. Ramírez por haber llamado a la misma persona “cachondo mental y maleducado” (ABC, 24-II-1990). Como se ve el honor ha dado origen a verdaderos ríos de tinta, sobre todo en medios periodísticos a través de la crítica política, la noticia sensacionalista o la llamada “prensa del corazón”, habiéndose planteado menos casos a través de los medios de comunicación oficiales en los últimos años, quizás por su propia naturaleza y brevedad informativa, y por los propios medios de depuración del sistema (piénsese el caso del presentador de un programa televisivo que fue destituido de su puesto por considerarse que se habían producido intromisiones en la vida privada de ciertos personajes públicos).

No puedo cerrar esta introducción sin hacer mención a la influencia que la jurisprudencia americana (E.U.A.) ha ejercido sobre la propia doctrina española y, a través de ella, sobre nuestra jurisprudencia, bastando ahora con señalar el caso de *New York Times v. Sullivan* (1964) y que constituye una de las sentencias más citadas en nuestra cultura, en palabras de Pablo Salvador y otros, y en la que se inicia la teoría de la inversión de la carga de la prueba cuando se trata de ataques o difamaciones dirigidas contra cargos públicos, cuestión que analizaremos con más detalle en otro lugar de este trabajo. Pero no sólo la jurisprudencia norteamericana ha influido sobre la praxis judicial española, también nuestra pertenencia al marco europeo determina la influencia de instituciones supranacionales, como la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, cuya jurisprudencia sobre la libertad de expresión y los límites a la misma ha influido sin duda en la elaboración de las actuales teorías sobre el tema (sentencias *Hadyside*, de 7 de Diciembre 1976, *Sunday Times*, 26 de Abril 1989, *Barthold*, 25 de Marzo 1985,... etc.), citadas por Clemente Auger⁽⁵⁾ y referidas a la libertad de expresión y sus límites, de modo que se entiende —según señala el citado autor— la libertad de expresión y de información como el principio general y los límites y restricciones las excepciones a aquel principio.

(5) Clemente Auger Liñán: “La protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y la propia imagen”, *P. Judicial*. N.E. XIII.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL HONOR

Al hablar de protección jurídica de este derecho de la personalidad me refiero al derecho de toda persona a la tutela judicial de éste cuando se produce una lesión o ataque por parte de personas físicas o jurídicas, el Estado o sus organismos. No obstante, para que se produzca esa tutela es necesaria la proclamación teórica del derecho en un texto legal y los medios necesarios para la efectividad de ese derecho, en este caso, para su protección, o medios para la acción o defensa del derecho ante los órganos destinados al efecto, y al haber desaparecido de nuestro derecho los llamados tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (art. 26 de la Constitución), normalmente serán los Tribunales de justicia los encargados de otorgar la tutela efectiva. En consecuencia existe una protección en el ámbito del derecho sustantivo y del procesal, y a su vez dentro del primero podemos distinguir una protección penal y civil.

A) PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

El art. 18 de la C.E. garantiza el derecho al honor junto al derecho a la intimidad, diferenciándolos claramente. No se olvide que en la doctrina alemana —como señala Aurelia M. Moreno— durante mucho tiempo el derecho a la intimidad se trató conjuntamente con el derecho al honor y se confundió con él. Sin embargo, como señala la citada autora⁽⁶⁾, honor e intimidad son dos bienes distintos, aunque una misma acción puede lesionar los dos al mismo tiempo. El honor es el derecho a ser respetado. El derecho a la vida privada es el derecho a la salvaguardia de toda injerencia ajena.

También menciona la C.E.⁽⁷⁾ al honor al tratar de la libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas u opiniones, y al tratar de la libertad de información, (arts. 20 1.a) y d) de la C.E.) otorgándole la importante misión de ser un límite a estos derechos. Consecuentemente se originan tensiones entre aquellos derechos fundamentales y el derecho al honor al encontrarse este limitado para ser un límite o freno de la libertad de expresión e información, problemática que analizaremos en su momento.

(6) Aurelia M. Romero Coloma: *Los bienes y derechos de la personalidad*. Trivium, 1985. págs. 57 y ss.

(7) Constitución Española.

Sobre el reconocimiento del derecho al honor en los textos constitucionales de otros países se puede afirmar con Zubiri de Salinas, —obra citada— que son pocos los países que reconocen este bien jurídico de una forma expresa. En este sentido se puede afirmar que la Constitución española se encuadra en los textos fundamentales más modernos adonde ha tenido entrada la consideración del honor como derecho de la personalidad de carácter fundamental, equiparado a la dignidad y que se otorga a toda persona por el hecho de serlo, sin que ningún texto constitucional en la historia de nuestro país le otorgase dicho rango. Tan sólo en *Las Partidas* se hablaba de deshonra punible y no punible, al regular las injurias, (A.M. Romero, obra citada), de donde emana sin duda la regulación de los códigos penales del siglo XIX.

Pero también la Constitución consagra una protección de este derecho fundamental en un sentido procesal o adjetivo al establecer en su art. 53.2 un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el T. Constitucional, como medios de defensa de los derechos fundamentales, como es el honor. Hoy día este procedimiento ante los Tribunales de Justicia se ha desarrollado en la Ley 62/1978 de 26 de Diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, aunque como señala O'Callaghan⁽⁸⁾ esta Ley, al ser preconstitucional, no se elaboró lógicamente para desarrollar el citado artículo, por razones obvias, y por eso el R. Decreto legislativo de 20 de Febrero de 1979 amplía los derechos en el art. 1-2, de la citada Ley.

Pero además de la protección ordinaria en vía judicial, existe la posibilidad del recurso de amparo, desarrollada por la L.O. del T. Constitucional de 3 de octubre de 1979, que prevé el citado recurso sólo para las violaciones de los derechos fundamentales efectuadas por los poderes públicos. Pero como señala el citado autor, la limitación al recurso de amparo para las lesiones a derechos fundamenales de particulares se ha obviado mediante la ficción creada por dicho Tribunal, de que el objeto del recurso de amparo no es la lesión proveniente del particular, sino la lesión impugnada que no dio lugar a aquella demanda en que se reclamaba responsabilidad por la lesión de un derecho fundamental. En el mismo sentido se pronuncia Clemente Auger (trabajo citado), quien afirma que cuando los bienes de la personalidad son violados por particulares, no cabe recurso de amparo ante el T.C., argumentando en favor de su tesis lo siguiente:

(8) Javier O'Callaghan Muñoz: "El recurso preferente y sumario del artículo 53 de la Constitución". *Poder Judicial*. N.E. VI.

— Es coherente con lo que el recurso de amparo ha venido significando a lo largo del tiempo.

— Se corresponde con el pensamiento de muy prestigiosos juristas extranjeros.

— Tiene claro respaldo en nuestras leyes.

— Es sostenida, en fin, por la práctica totalidad de la doctrina española.

Sin embargo el T.C. ha estimado el recurso de amparo en casos en que se llegó a ventilar no la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la sentencia, sino también la adecuación o inadecuación de la aplicación de la norma positiva (como por ejem. —según el referido magistrado— sucedió en el caso de muerte de Paquirri en la enfermería de Pozoblanco).

La Ley de Protección Jurisdiccional que analizamos *otorga una triple protección*, ante la jurisdicción civil, penal y contenciosa-administrativa.

En la *protección civil* podemos señalar con O'Callaghan como datos de mayor interés la necesidad de este recurso con carácter previo al recurso de amparo, su naturaleza sumaria y preferente que se traduce en la vía de los incidentes con algunas modificaciones y prioridad ante otros procedimientos del órgano judicial (?) (—¡bastaría con que se cumpliesen los plazos!—).

La *protección penal* tiene especial interés para nosotros porque además de la preferencia y sumariedad y remisión a las normas de la L.E. Criminal, introduce importantes modificaciones en el tratamiento procesal de los delitos de injurias y calumnia, bastando en los casos de cometerse el delito escrito y con publicidad, o ante un grupo de personas, denuncia del ofendido o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación; además se otorga relevancia al perdón del ofendido, y se extiende lo anterior a las injurias constitutivas de falta (art. 4). En cuanto al procedimiento a seguir, la creación del llamado procedimiento abreviado no impide aplicar las normas del Sumario ordinario en base al art. 779 de la L.E.Cr. en su redacción dada por la Ley 7/1988 de 28-XII-1988 en donde se dice: “Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales..”, lo que entiendo otorga vigencia a los procedimientos de los arts. 804 y ss. de la L.E.Cr.

Finalmente la *protección contenciosa-administrativa* supone una lesión de alguno de los derechos fundamentales legalmente recogidos en el R.Decreto de 1979 y los ya contemplados en la Ley de 1978, incluyéndose por tanto el honor.

Como notas características podemos indicar: se interpondrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto expreso impugnado, o a los veinte días desde la solicitud del interesado, sin necesidad de denuncia de la mora y pudiendo pedirse en el escrito de interposición del recurso la suspensión del acto administrativo impugnado, que se acordará por la Sala salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Como ha señalado la Sentencia del T.C. de 20 de febrero de 1984, pueden utilizarse simultáneamente el proceso de la Ley 62/78 y el ordinario.

B. PROTECCIÓN PENAL

Las normas sustantivas se recogen en los artículos 453 y ss. del C. Penal, en el título X del Libro II, bajo el epígrafe “De los delitos contra el honor”. No se pretende aquí hacer un estudio pormenorizado de los delitos de injurias y calumnias, sino en cuanto suponen una lesión del honor de las personas y la trascendencia que hoy día tienen estos ataques en nuestra sociedad. No obstante seguiré la tradicional disección del hecho delictivo conforme a la teoría analítica del delito (Beling, Mezguer).

1. *Tipicidad*.— Lo primero que resalta de los tipos penales, como corresponde a la antigüedad de nuestro Código, es la utilización de una terminología en cierto modo arcaica y desfasada que ha seguido manteniendo el concepto de honor que inspiraba la regulación de las injurias y las calumnias en el Fuero Real, el Fuero Juzgo y Las Partidas, de modo que la calumnia es la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a un procedimiento de oficio (art. 453 del C.P.), y la injuria es toda acción ejecutada o expresión proferida en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona (art. 457). Para Muñoz Conde y otros la calumnia sería un caso específico de injuria: se imputa un delito y con ello se atenta a la reputación de la persona.

Como consideraciones críticas a la actual normativa se podrían referir, siguiendo a Quintero Olivares (trabajo citado, supra) las siguientes:

a) La definición legal de la injuria procede del siglo XIX y responde a un concepto de la dignidad distinto del concepto democrático que debería tener, según el citado profesor.

b) Hay un predominio de la concepción subjetiva del honor, como se aprecia en el art. 458-2º del C.P., “imputación de falta de moralidad cuya consecuencia pueda perjudicar el interés del agraviado”, como modalidad de injuria grave.

Otras veces se atiende a criterios objetivos pero sin atender al principio de igualdad de las personas ante la ley. Así sucede en el art. 458 del C.P. cuando permite al juzgador calificar las injurias como graves atendiendo a la "dignidad y circunstancias del ofensor y del ofendido".

c) La existencia de la Ley Orgánica 1/1982, o protección civil del honor, evidencia que la regulación penal debió parecer insuficiente al legislador una vez que se promulgó la Constitución, pero yo entiendo que no sólo la variación del concepto del honor en la sociedad influyó en la innovación legislativa, sino también los cambios introducidos en esa sociedad moderna por la proliferación de los medios de comunicación de masas y los debates políticos consustanciales al régimen democrático, en donde la libertad de expresión y de información adquieren una especial importancia.

Mención especial merece la necesaria referencia al sujeto activo y pasivo del delito puesto que influye en la tipicidad. En efecto, si el sujeto activo es una autoridad y el pasivo tiene el mismo carácter, alguna sentencia ha entendido que no se puede cometer el delito de desacato, entendido como una modalidad de la injurias y las calumnias (SS. T. Supremo 12 de Junio de 1889, 28 de Octubre de 1930 y 29-XII-1969, entre otras ver —C.P. comentado, Aranzadi—).

El sujeto pasivo reviste especial interés en cuanto que puede ser el Jefe del Estado, (Cap. I del Título II del C.P.) o los altos Organismos de la Nación (Sec. II del citado capítulo) o bien la Autoridad, sus agentes u otros funcionarios públicos (Cap. VIII del Título II del L. II del C. Penal), planteándose aquí la controversia sobre la subsistencia en un futuro código penal de estos tipos específicos por el carácter del sujeto pasivo. La mayoría de la doctrina es contraria a la subsistencia de estos tipos penales, partiendo incluso de la idea de considerarlos como protectores del sistema político dominante y del principio de autoridad⁽⁹⁾.

Para finalizar el tema del sujeto pasivo, dos referencias a las personas fallecidas y a las jurídicas.

(9) En esta materia parece oscilar la doctrina desde planteamientos huidizos de un régimen autoritario, solicitando una supresión del "privilegio", en cuanto tienen estos tipos una connotación poco democrática —Quintano Olivares, Ruiz Vadillo...— hasta afirmarse que no por el hecho de tener un cargo público se debe renunciar a la dignidad y al honor, o que al menos deberían reducirse las penas para estos delitos. Para Muñoz Conde (obr. cit.) no debe entenderse que estas faltas de respeto que se realizan a través de la injuria, la calumnia o la amenaza, son simples cualificaciones de estos delitos comunes en razón del sujeto pasivo afectado, pues el bien jurídico atacado no es el mismo; en el desacato se produce un ataque moral al principio de autoridad, así como el atentado supone un ataque material a ese principio. Sin embargo considera que hay algo sospechoso en la subsistencia de estos tipos penales.

Los difuntos en sí no pueden considerarse sujetos pasivos de injurias y calumnias sino los familiares en cuanto trascienda a ellos la afrenta (Pacheco, C. Penal concordado y comentado, Madrid 1948-49) pues el vivo tendrá por sí un derecho propio. Como fundamento de lo anterior se encuentra el art. 466 de la L.E.Cr., el cual otorga la acción al heredero en todo caso, haya o no trascendido a él la calumnia o la injuria, lo que parece dar a entender que el honor del difunto constituye un bien de la personalidad que se incluye en el caudal hereditario.

Las personas jurídicas tampoco pueden ser objeto del delito de injurias o calumnias, sino tan sólo en la medida en que trasciende el ilícito a los individuos que las dirigen o representan (St. T.S. 9-XII-1919 y 12-VI-1929) —citadas por A.M. Moreno, obr. citada—. Para Pablo Salvador y otros —obr. citada— las personas jurídicas carecen de reputación o de intimidad, especificando la C.E. la intimidad como personal y familiar, aunque no así el honor, que podrá ser tutelado en cuanto se ataquen las finalidades legalmente permitidas y estatutariamente asumidas por el ente y los medios u organización para conseguirlos (pág. 40). Por el contrario, Eduardo Estrada⁽¹⁰⁾ entiende que la atribución del derecho al honor de las personas jurídicas se encuentra lejos de la concepción normativa y es exclusivo de la dignidad humana, por lo que las lesiones a su dignidad deben repararse por la vía del 1.902 del C. Civil, sin perjuicio de que las personas físicas, en cuanto componentes de personas jurídicas, puedan sentirse menospreciadas en su honor individual.

La Jurisprudencia actual confirma lo anterior a partir de la sentencia del T. Constitucional de Junio de 1988 a propósito de unas injurias graves vertidas contra clases del Estado, en concreto, los jueces. Según esta sentencia, luego seguida por el T. Supremo en las Salas 1ª y 2ª, es inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, de las que hay que hablar de dignidad, prestigio o autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor... y por ello en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública. En la misma línea, la sentencia del T. Constitucional de 22 de febrero de 1989.

(10) Eduardo Estrada Alonso: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en *P. Judicial*. N.E. 13. págs. 101 y ss.

En mi opinión estos planteamientos jurisprudenciales suponen un desprecio al honor de las personas que componen el grupo o clase (por ejemplo colegios profesionales, asociaciones, etc...), que individualmente pueden sentirse tan afectadas con estos ataques como lo estarían si la ofensa fuera individual, en cuanto trascienda al trabajo desempeñado por las mismas en favor del órgano, colectivo, institución o clase del Estado, constituyendo en muchos casos el prestigio y el honor de su profesión su único patrimonio personal. Pero es que además, estos planteamientos repercuten en las propias instituciones políticas que posibilitan un régimen democrático al derivarse un desprestigio, en cuanto se subordina aquél a la libertad de opinión o de expresión.

Volveremos a analizar este tema al tratar del honor de los cargos públicos, políticos y autoridades, y la colisión con la libertad de expresión y de información, bastando aquí mencionar la querella interpuesta por el Fiscal General del Estado contra un famoso humorista, que en un chiste editado en un periódico de difusión nacional, calificó al T. Constitucional como Tribunal prostitucional. La querella fue desestimada en base a los propios razonamientos jurídicos del maltratado tribunal⁽¹¹⁾.

2. *Antijuricidad*.— La conducta del sujeto activo de la injuria o calumnia debe ser contraria al tipo penal, a la norma jurídica, y no estar justificada. No se trata aquí de analizar si se debe dar el *animus iniuriandi*, elemento subjetivo del tipo que incide en la culpabilidad, ni tampoco si es posible la comisión culposa de estos delitos, negada por la mayoría de la doctrina.

La concurrencia de una causa de justificación no afecta a la culpabilidad, a no ser que admitamos la teoría de los elementos negativos del tipo. Cuando concurren otros *animus* como el *criticandi*, el *narrandi*, el *retorquendi*, el *iocandi*, etc..., se puede eliminar la culpabilidad. Cuando concurren causas de justificación, se elimina la ilicitud de la conducta. (La admisión del *animus retorquendi* ha sido rechazada por Ignacio Berdugo, y en general la mayoría de la doctrina). La cuestión ha sido tratada con profundidad por el último de los autores citados⁽¹²⁾ al analizar las causas de justificación en los delitos contra el honor, partiendo de la existencia en nuestro derecho de los elementos negativos del tipo, de modo que "si el tipo es la exteriorización de aquellos comportamientos que quieren ser evitados por el legislador, es coherente con esta idea suprimir la distinción entre no prohibido y prohibido pero permitido, en particular

(11) Véase Auto del Juzgado Central N°5 de 5 de Marzo de 1990.

(12) *Honor y libertad de expresión*. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Tecnos. 1987.

si se tiene en cuenta que, en este último caso, no se trata de que una acción concreta deje de estar prohibida, sino de que toda acción que realiza el supuesto de hecho abstractamente descrito de una causa de justificación deja de estar prohibida". Partiendo de esta base estudia la legítima defensa, el consentimiento, el estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho, como concretas causas de justificación.

En particular la legítima defensa ha quedado poco perfilada en la jurisprudencia en los casos de lesiones al honor por la frecuencia con que el T. Supremo ha aplicado la teoría del *animus retorquendi* en el delito de injurias, como uno de los elementos que desplazan el *animus injuriandi*, por lo que según Berdugo (obra citada) se centra el problema en el elemento subjetivo del injusto que requiere este delito, en vez de hacerlo dentro de la antijuricidad, como un caso de legítima defensa, pues en cuanto la agresión ha cesado si se injuria a la otra persona se comete otro delito autónomo, pues el *animus retorquendi* no es excluyente del *animus injuriandi* sino complementario. En consecuencia se admite la posibilidad de la legítima defensa del honor como medio de protección de la persona agraviada que no se resigna a ser la víctima del delito (o la falta), si bien se requiere la actualidad de la agresión (si ésta se produce al finalizar el ataque, estaríamos ante un caso de retorsión); además, la necesidad del medio utilizado para la defensa del honor restringe la intensidad de la respuesta. Quizás la solución, como señala Berdugo, estaría en un precepto similar al art. 199 del C. Penal alemán que excluye la punición por parte del Juez en los casos de injurias mutuas.

En cuanto al estado de necesidad parece de difícil aplicación a los delitos contra el honor, sí en cambio el consentimiento que puede operar como causa de justificación en cuanto el honor sea considerado un bien jurídico disponible, como lo demuestra el artículo 2º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo.

No haremos aquí un estudio del ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación que excluiría la antijuricidad de la conducta que atente al honor por afectar especialmente al problema de la colisión entre el honor y la libertad de expresión, que trataré especialmente en otro apartado. Baste aquí mencionar que ya no se puede afirmar, como señalaba Alonso Álamó (Protección penal del honor⁽¹³⁾), "que nuestra doctrina no se ha planteado el expediente de las causas de justificación en torno al conflicto entre el honor y la

(13) Alonso Álamó, M. "Protección Penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1983.

libertad de expresión, ni que el T. Supremo sólo acude al criterio del *animus injuriandi*, de modo que si el otro *animus* no desplaza al primero se apreciaría el delito. Como veremos, la evolución jurisprudencial en este tema ha sido importante.

3. *Culpabilidad*.— Siguiendo con el estudio analítico del delito examinaremos la culpabilidad en los delitos contra el honor. Ya se ha adelantado la necesidad de un especial *animus*, el *iniuriandi*, en el delito de injurias al igual que en las calumnias (ver S.T.S. 19 de Mayo 1989) lo que se corresponde con la tesis de Muñoz Conde de entender la calumnia como un caso específico de injuria. Además se exige que el autor de la calumnia conozca el carácter falso de la imputación, aunque basta que tenga intención o conocimiento del carácter lesivo de su conducta para el honor del otro individuo, sin necesidad de que exista sólo una especial intencionalidad o fin único de lesionar el honor ajeno.

No es posible la comisión culposa de estos delitos al exigirse un especial *animus* o intencionalidad que configura el dolo específico. Aquí podría plantearse la posibilidad de que la injuria y la calumnia se hubiesen efectuado a través de un medio de comunicación y el autor de la noticia o el artículo no hubiese realizado la comprobación de la veracidad de su información, con lo que puede incurrirse en una negligencia, que sería profesional en el caso del periodista. De momento la jurisprudencia del T. Constitucional al abordar la responsabilidad del periodista por el ejercicio de su profesión ha sido bastante complaciente con la misma en cuanto se ha otorgado protección constitucional a la información, aunque sea errónea o no probada, todo ello en aras de la libertad de información y de formación de la opinión pública (más bien desinformación). Así se expone en la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de Enero de 1988, en donde se sostiene que “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre..., de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”. No debemos de olvidar que la Constitución española protege la información veraz (art. 20), por lo que no se entiende muy bien esta especie de patente de corso, justificable sólo en cierta medida.

4. *Punibilidad*.— Partiendo de la base de que la *exceptio veritatis* opera como causa de exclusión de la pena, siguiendo a T.S. Vives⁽¹⁴⁾, surge la cuestión de si aquélla es aplicable a las injurias y no sólo a las calumnias, pues es

(14) T.S. Vives. *Derecho Penal. Parte especial*. Con otros autores en UNED. pág. 689.

sabido que en éstas se admite de un modo genérico, a diferencia de aquéllas, en que sólo se admite prueba sobre la veracidad de las imputaciones cuando éstas fueran dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, o cuando tengan derecho a perseguir el delito imputado por ser de los que no se persiguen de oficio (art. 461 del C. Penal). Para el citado autor, la *exceptio veritatis* puede operar en las injurias siempre que la imputación se refiera a hechos públicos, ya que la veracidad subjetiva excluye, al igual que en la calumnia, la tipicidad de la conducta. Por el contrario, cuando se divulguen hechos privados, su divulgación afectará al honor con independencia de que sean falsos o verdaderos.

En general la doctrina se pronuncia por una ampliación legal del campo de aplicación de la *exceptio*, como ya se evidenciaba en Quintano Ripollés, quien la extendía a las autoridades para evitar que éstas tengan un privilegio frente a simples funcionarios; o Muñoz Conde (obr. cit.) quien opina que sería aplicable no sólo respecto a personas concretas, ya que puede ser irregular la conducta de un organismo político y demás entes, porque, además, el art. 467-3 incluye a las clases del Estado, y porque es necesaria la denuncia en un estado de derecho. Para Antonio García Pablos⁽¹⁶⁾ los países latinos son más proclives a proteger el honor por vía de reducir la aplicación de la *exceptio*, frente a los germanos en los que cabe prueba de la verdad en el delito de injurias. Para este autor, en nuestro derecho no pudo contemplarse la *exceptio veritatis* y las causas de justificación con unas miras más amplias debido a la presencia en su tiempo de los intereses individuales frente a los intereses generales reconocidos hoy por la Constitución, como el derecho a recibir información veraz, la libertad de expresión y de opinión... etc.

C. PROTECCIÓN CIVIL

Los cambios políticos derivados de la Constitución de 1978 pusieron de manifiesto la insuficiencia de la protección penal en un sistema democrático, en donde se reconoce la libertad de expresión como derecho fundamental y la prensa pasa a ocupar un papel muy importante en la formación de la opinión pública. Como consecuencia de lo anterior, el honor pasa a ser un bien jurídico más vulnerable en cuanto la libre expresión de ideas y opiniones alcanza mayor intensidad y variedad de temas, algunos tradicionalmente vedados a la opinión

(16) García Pablos de Molina, en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. pág. 205.

pública y a la crítica, a lo que habría que añadir los excesos propios de quien estrena una facultad o posibilidad de actuación.

Como respuesta a aquella insuficiencia y a las nuevas necesidades, se promulga la Ley O. 1/1982 de 5 de Mayo, de protección del honor, la intimidad personal y la propia imagen.

Para un mejor estudio de la materia, y siguiendo a Eduardo Estrada⁽¹⁷⁾, distinguiremos:

1. *Derecho Comparado*.— Como ya se ha señalado anteriormente al hablar de la protección penal, los países latinos tienden a efectuar una mayor protección del honor, admitiéndola, incluso, aunque los hechos que se consideran lesivos para el honor, sean verdaderos. Así sucede con la legislación italiana, en donde sólo existe la protección penal del honor, sin posibilidad de operar la *exceptio veritatis* salvo en los casos excepcionales que señala el art. 596 del C. Penal italiano.

El ordenamiento jurídico francés dispone de una Ley de libertad de prensa de 29 de Julio de 1881, en donde se tipifican los derechos contra el honor, admitiéndose la *exceptio veritatis*, si bien hubo que esperar a la Orden de 6 de Mayo de 1944 para que aquélla tuviese aplicación práctica, si bien se excluyen algunos casos de la posibilidad de la prueba de la veracidad: hechos concernientes a la vida privada de una persona, o que se remonten a más de diez años, o que hubiesen sido amnistiados o no tuviesen ya responsabilidad penal sus autores por prescripción o cancelación de la infracción. La Ley de 17 de Julio de 1970 se ocupa en exclusiva del derecho a la intimidad privada.

En el derecho alemán la prueba de la verdad de las imputaciones excluye la injuria salvo casos en los que el carácter injurioso se derive de la forma o circunstancias en que se hayan proferido las imputaciones.

Finalmente, el derecho inglés y el norteamericano se caracterizan por la libre jurisprudencia, de modo que son las resoluciones judiciales las que determinan qué hechos o expresiones tienen el carácter de injuriosos, exigiéndose para dicho carácter una especie de malicia, entendida como ausencia de buena fe o de creencia de que se está ejerciendo un derecho o cumpliendo un deber

(17) Para Pablo Salvador y otros. —obr. cit.— también se incluiría aquí el caso del apartado 4 como un tipo agravado: los datos que se divulgan son conocidos por el cargo del que atenta contra la vida privada. El cuarto supuesto, no contemplado por la Ley de 1982, sería el de tergiversación de los hechos por vía de resaltar lo negativo y que podría subsumirse en el apartado 3 del art. 7 citado, (págs. 104. y ss.

por parte del autor de las imputaciones. En U.S.A. este planteamiento arranca del ya referido fallo del asunto *New York Times v. Sullivan*, en donde la jurisprudencia americana cambia su orientación en favor de la libertad de expresión, salvo la “actual malice” o conocimiento de la falsedad del hecho, o especial negligencia sobre la averiguación de la veracidad.

2. *La problemática de la regulación conjunta del honor, la intimidad y la imagen.*— Como señala Eduardo Estrada, que cita a Bajo Fernández, no debía haberse efectuado una regulación conjunta de estos derechos, a pesar de que vengan juntos en el art. 18 de la Constitución, porque en la Ley se protegen dos derechos fundamentales, la intimidad (entendida como derecho a la imagen, al secreto o al domicilio) y el honor. Para el primer autor citado el honor y la intimidad son derechos próximos pero no coincidentes. Las consecuencias de ese tratamiento legal conjunto se pueden apreciar en los siguientes casos:

a) El art. 2-2 de la Ley permite el consentimiento del particular a la intromisión ilegítima, lo que equivale a la renuncia posible al honor. Pero como señala Estrada, “el honor se tiene o no se tiene, y si se dispone de él probablemente no vuelva a recuperarse”. Esto iría en contra, incluso, de la propia definición del honor como derecho de la personalidad equivalente a la reputación o dignidad humana que debe ser protegida por el Estado frente a agresiones o ataques ilegítimos.

b) La posibilidad que contempla el art. 2-3 de la Ley de renunciar al consentimiento a la intromisión previamente prestado, en cuanto otorga un carácter patrimonial y mercantil al derecho al honor que repugna a su propia naturaleza, siendo esto más propio de la propia imagen y de la intimidad.

c) El consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su honor, previsto en el art. 3 de la Ley. Como dice Estrada, “si parece sorprendente que en ocasiones, el representante legal del menor o del incapaz consienta una agresión ilegítima en la intimidad o en la imagen de su representado, no cabe imaginar que autorice, amparándose en la Ley, un ataque contra su honor”, lo que es extensible al informe previsto del Ministerio Fiscal y a la resolución del Juez.

3. *La prejudicialidad penal.*— La cuestión surgió al presentarse demandas en esta Ley y oponerse por el demandado la excepción dilatoria del 533-1º de la L.E.C. en base al art. dos de la Ley que dice: “Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el C. Penal. No obstante serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsa-

bilidad civil derivada de delito''. Se alegaba, pues, que el tribunal civil no podía conocer del asunto hasta que se resolviese por el tribunal penal que los hechos no eran constitutivos de delito. Ya algunos juzgados de primera instancia resolvieron el problema en base al art. 112-2º de la L.E.Cr. que establece: ''si se ejercitase sólo la acción civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida, desde luego, la acción penal'', lo cual implica que existe posibilidad de opción por parte de los perjudicados por el delito de acudir a la vía civil o a la penal. Finalmente la polémica fue resuelta por el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Marzo de 1987 que concreta el tema de la incompetencia de jurisdicción del siguiente modo: ''... pertenecen (las injurias y calumnias) a la categoría de los denominados *delicta privata* y, por tanto, no perseguidos de oficio, razón por la cual queda dentro de las facultades del particular ofendido optar por el ejercicio de la acción penal conjuntamente con la civil (art. 112 de la L.E.Cr.), o solamente por la última, posibilidad ésta que se sigue conservando, aun después de promulgada la Ley 62/1978 de 28 de Diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona...''.

Pero no se termina aquí la polémica porque un sector doctrinal entiende que no se trata de casos de incompetencia objetiva sino de un problema de prejudicialidad penal. Como indica Pablo Salvador y otros (obra citada) puede decirse con Cabedo Nebot que cada orden jurisdiccional entiende sólo de lo que es propio y de oficio, incluso debe apreciar su falta de jurisdicción indicando el orden competente, so pena de nulidad, pudiendo alegarla también la parte. Pero este planteamiento parte de la base de entender a la acción penal como no renunciable y sin posible extinción (arts. 106 y 112 de la L.E.Cr.). En cambio Muñoz Machado distingue entre delitos perseguibles de oficio y a instancia de parte, de modo que si la imputación constituye uno de los primeros o de los segundos (imputación que atente al honor) sería obligatorio o facultativo acudir a la vía penal o a la civil, manera de proceder de los jueces de 1ª instancia, para terminar concluyendo que no es una cuestión de incompetencia de jurisdicción, sino de prejudicialidad penal, existiendo una confusión entre ambos conceptos por parte de los citados jueces.

En mi opinión habría que distinguir entre hechos que atenten al honor que sean delitos perseguibles de oficio (desacato, injurias a agente de la Autoridad,...) en donde se apreciaría una incompetencia de jurisdicción, de aquellos hechos que pueden ser constitutivos de un delito perseguible a instancia de parte (calumnias e injurias) en donde hay posibilidad de elegir por el perjudicado

entre la vía penal y la civil, sin que pueda alegarse en ésta la incompetencia de jurisdicción ni la prejudicialidad penal en base al citado art. 112 de la L.E.Cr. Como apoyo de lo anterior nos encontramos con el carácter subsidiario del Derecho Penal, al cual hay que acudir cuando se pretende proteger los bienes jurídicos más valiosos frente a ataques que tengan la consideración de graves o importantes, y — como indica García-Pablos— (obr. cit.), “cuando se muestren ineficaces o insatisfactorios los otros resortes de naturaleza no penal de que dispone el Estado”, lo cual enlaza con la teoría de la despenalización de todos los ataques al honor, dejando sólo la vía civil, y que analizaremos más adelante.

4. *Caracteres del derecho al honor que tutela la Ley O. 1/82 de 5 de Mayo.*— Según el art. 1-3 de la Ley, “el derecho al honor, a la intimidad y de la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible”. Sin embargo ya vimos que la posibilidad del consentimiento a la intromisión ilegítima supone en definitiva la posibilidad de la renuncia al derecho e incluso su disponibilidad patrimonial, lo que es contrario a la dignidad humana y a la propia Constitución, en cuanto que, como señala Estrada, ésta sigue la concepción normativa del honor, equivalente a dignidad humana y a derecho a ser protegido frente a los ataques contra ella.

Otro punto crítico lo origina el art. 2-2 de la Ley al establecer que “la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada para sí misma o su familia. Esto supone subordinar la protección del honor a los usos sociales conforme a la orientación hoy día existente en la doctrina (García-Pablos, Quintero Olivares...) que entiende que por vía del art. 14 de la Constitución se puede entender que ésta ha introducido una generalización, democratización y socialización del honor y la intimidad, de modo que el honor no es un derecho absoluto sino relativo y alejado de las concepciones aristocráticas o calderonianas. En cambio, para Eduardo Estrada (obr. cit.) esta postura iría en contra del propio art. 14 de la Constitución porque no se otorgaría el mismo honor a toda persona, dependiendo aquél de los usos sociales y del ámbito de su vida privada, cuando todos los seres humanos por el hecho de serlo tienen derecho al honor.

Con independencia de disquisiciones doctrinales, entiendo que hoy día domina una concepción socializadora del derecho al honor, según se desprende de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, que, ante el vacío legal, son los encargados de perfilar los límites de este derecho de la personalidad, sobre todo cuando entra en colisión con otros derechos, como son la libertad de

expresión y de información, que no son bienes jurídicos subordinados al honor ni jerarquizables. Por otra parte, no cabe duda que la valoración social o media del honor influye en las decisiones judiciales por no estar sustraídos los jueces de aquella influencia. Se podría hablar de un honor medio protegido aunque ello traiga consigo una devaluación del honor en la sociedad.

5. *Examen de los supuestos de intromisión ilegítima.*— Vienen recogidos en el art. 7 de la Ley en sentido positivo y en sentido negativo (no tendrán este carácter) en el art. 8.

Los casos de intromisión podemos clasificarlos en dos grupos: conductas *preparatorias* o de riesgo para la intimidad o el honor de las personas, y conductas de *divulgación* o revelación de los hechos privados de una persona y conocidos a través de las conductas preparatorias o por otra vía.

En el primer grupo se encuadrarían los números 1, 2 y 5 del art. 7 de la Ley: la simple colocación de los aparatos de filmación, grabación o de otro tipo, la utilización de los mismos, siempre que exista un fin: para captar o reproducir la vida privada o la imagen o hechos privados de una persona.

En el segundo grupo se incluirían los números 3, 4, 6 y 7 del citado artículo de la Ley: la divulgación, revelación, captación o divulgación de datos sobre la vida privada de una persona o de su imagen.

Los posibles atentados al honor vienen recogidos en los apartados 3 y 7: “la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias y otros escritos personales de carácter íntimo”. “La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

Como se puede apreciar existe una coincidencia entre estos ataques al honor y los que suponen los delitos de injurias y calumnias.

Para Pablo Salvador y otros (obr. cit.) se deben distinguir cuatro tipos básicos de lesión a la intimidad de una persona:

a) Apropiación de la imagen o de la apariencia de una persona. Comprende los casos del art. 7-5 de la Ley, y el 7-6. No es necesario el ánimo de lucro pero sí la publicación de la imagen, “y esta última lesione la reputación del afectado (le ridiculice, desprestigie o desmerezca)”.

b) Intrusión en la vida privada o íntima. Aquí no hay difamación y se encuadrarían los apartados 1 y 2 del art. 7 de la citada Ley. Lo que se protege es la intimidad o vida privada entendida como el derecho de toda persona a desarrollar aquélla sin tener que aislarse con medidas excepcionales de los modernos medios de grabación y escucha.

c) Revelación o divulgación de hechos relativos a la vida privada o íntima. Encuadraría los casos de los apartados 3 y 7 del citado art. y que suponen los verdaderos ataques al honor⁽¹⁸⁾.

6. *El problema de la exceptio veritatis en los ilícitos civiles que atentan contra el honor.* — La prueba de la verdad de las imputaciones constituye el caballo de batalla de los procesos por difamación civiles. Del examen de la jurisprudencia derivada de las sentencias de los jueces de 1ª Instancia de Madrid se deduce que existe una especie de responsabilidad objetiva en los casos en que se realizan las conductas de los apartados 3 y 7 del art. 7 de la Ley de 5 de Mayo de 1982, lo que es criticado por la doctrina, que se inclina por un mayor protagonismo de la verdad sobre el honor (Muñoz Machado, Eduardo Estrada, García-Pablos...) al igual que sucede en el ámbito penal. Aquí, una vez más, se aprecia la tradición existente en los ordenamientos jurídicos de los países latinos de proteger el honor por encima de la verdad.

Como ejemplos de la llamada jurisprudencia menor tenemos la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia. nº 3 de Madrid de 27 de Noviembre 1984 (caso Pablo Porta-Jose Mª García) en donde se expone: “ni en la tipificación que de las intromisiones ilegítimas se hace el citado art. 7 se hace referencia a la verdad o falsedad de los hechos divulgados... ni tampoco se incluye la *exceptio veritatis* entre las causas de justificación del art. 8”. Este artículo permite la intromisión ilegítima en base a una autorización legal con acuerdo de la Autoridad, y cuando predomine un interés histórico, cultural o científico relevante, exponiéndose en el apartado 2º casos en que la intromisión en la imagen privada de una persona no constituye una intromisión ilegítima. Los requisitos son rigurosos y hacen pensar hasta qué punto la prensa española no está respetándolos, pues se necesita que el sujeto pasivo tenga el carácter de persona pública o notoria y la imagen se capte en un lugar público. Tratándose de un particular su imagen deber ser accesorio de un suceso público. La caricatura sólo se permite conforme al uso social.

(18) Véase la sentencia del T.S. de 28-10-86, caso de la filmación de la intervención médica en la plaza de toros de Pozoblanco, con la agonía del torero Paquirri.

No obstante la doctrina ha tratado de delimitar los supuestos a fin de *excluir en algunos casos la responsabilidad civil casi objetiva* que se deduce del análisis de la jurisprudencia, exigiéndose:

a) Que no medie una determinada conducta del sujeto pasivo que permita la intromisión o al menos reducir el *quantum* indemnizatorio. (sent. del J. de 1ª Inst. nº5 de Madrid de 10 de Julio de 1985 en la que se desestimó la demanda por las manifestaciones públicas del demandante sobre sus ideás políticas. Otro ejemplo, la S. del T.S. de 25 de Mayo de 1972 en que se condenó al director de un periódico por un artículo sobre un parricida a la pena de un mes de arresto mayor y multa de 5.000 pts., como autor de un delito de injurias). En realidad sería una aplicación del art. 2-1 de la Ley que limita la protección del honor al ámbito que mantenga cada persona reservado por sus propios actos.

b) Que la conducta sea muy ofensiva para una persona razonable y el público no tenga un interés legítimo en su conocimiento.

c) Que la materia acerca de la que se informa pertenezca a la esfera de lo privado.

d) Que se trate de hechos y no meras opiniones o juicios de valor.

Estos tres últimos supuestos (Pablo Salvador..., el último también por Estrada) no tienen una base legal, pero sí la han alcanzado jurisprudencial por vía de la colisión del derecho al honor con la libertad de expresar ideas y opiniones y la libertad de información (art. 20 de la Constitución) pues, como veremos más adelante, la jurisprudencia más reciente entiende que deben predominar estos derechos, cuando se dan ciertos requisitos, en beneficio de la información y la formación de la opinión pública, aunque en última instancia sean los Tribunales los que tengan que concretar si efectivamente debe sacrificarse alguno de los bienes jurídicos en conflicto.

7. *Legitimación para ejercitar las acciones civiles contra los autores de intromisiones ilegítimas.*— Viene determinada en los arts. 4, 5 y 6 de la Ley de 1982, que la otorgan al heredero testamentario, en primer lugar, y subsidiariamente a determinados parientes, y en última instancia al Ministerio Fiscal durante un plazo de ochenta años a contar desde el fallecimiento del perjudicado. Los parientes y herederos, indistintamente pueden ejercitar las acciones civiles.

Los casos anteriores (que vienen recogidos en los arts. 4 y 5) se refieren a ataque al honor de una persona ya fallecida y del que serían sus defensores sus herederos (por incluirse éste en el caudal hereditario) y sus parientes (en

cuanto que trascienda a ellos la afrenta). Por el contrario, el art. 6 alude a los casos en que el ataque al honor se produjo cuando vivía el interesado y afectado, pero por las circunstancias en que la lesión se produjo no pudo aquél ejercitar la acción, (piénsese en casos de ausencia o de larga enfermedad del ofendido) o simplemente falleció cuando dichas acciones se estaban ejercitando. También en estos casos se otorga legitimación a los parientes y herederos testamentarios (v. art. 4) para ejercitar las acciones o continuarlas. Lo anterior hay que relacionarlo con el plazo de caducidad para ejercitar estas acciones que señala el art. 9: cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

8. *Procedimientos para hacer efectiva la tutela judicial.*— Se contemplan en el art. 9 de la Ley y son tres: el juicio declarativo ordinario, el juicio incidental de la Ley de 26 de Diciembre de 1978, y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Me remito a lo ya expuesto al estudiar la protección judicial del honor, añadiendo con Estrada que los procesos se hacen muy largos debido a la admisión de la casación y a la admisión del recurso de amparo (O’Callaghan) contra resoluciones judiciales, lo que convierte al Tribunal Constitucional en una tercera instancia.

9. *Medidas tendentes a evitar más intromisiones y a proteger al perjudicado.*— Se contemplan en el apartado 2 del citado art. 9 y consisten en potestades cautelares que se otorgan a los jueces para poner fin a la intromisión o reparar el perjuicio causado tales como, requerimientos, secuestro de la publicación, publicación de la sentencia,... etc. También se otorga a los particulares *el derecho de rectificación*, que se podrá ejercitar en la forma que prevé la Ley Orgánica 2/84 de 26 de marzo mediante un escrito que se dirigirá al medio de información, en donde se expondrán los hechos que se desea rectificar debiendo efectuarse la remisión dentro de los siete días siguientes (naturales) al de la publicación que se desea rectificar.

Finalmente, el citado artículo 9 de la Ley de 5 de Mayo de 1982 se refiere a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la intromisión ilegítima, lo que trataremos en un capítulo aparte.

III. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El art. 20 de la Constitución dice: “Se reconocen y protegen los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante

la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción” (apartado 1,a) y también a “comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (apartado 1,d). Pero añade el apartado 4: “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Por su parte el art. 18-1 de la carta magna garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Así, pues, se plantea la colisión entre los derechos fundamentales en cuanto que la libertad de expresión y de información tienen una tendencia expansiva por su propia naturaleza y la realidad social, sobre todo en un régimen democrático, pero estos derechos tienen como límite el honor y la protección de la juventud y la infancia, de modo que cuando por la libertad de expresión o información se comprimen el honor o la intimidad de una persona la tutela judicial se hace necesaria para reponer los primeros en sus justos límites. *¿Pero dónde se encuentra la línea divisoria entre el derecho a la información y el derecho al honor?* Porque como indica García-Pablos (obr. cit.) libertad de expresión, honor e intimidad no son bienes jurídicos jerarquizables.

Además aparecen otros aspectos que complican la solución por cuanto que, como señala Ruiz Vadillo⁽¹⁹⁾ “el tema de la libertad de información y, por consiguiente, del periodismo, corresponde al Estado, por afectar sustancialmente a la sobrevivencia de las estructuras sociales”. Es decir, que la libertad de expresión es consustancial al sistema político democrático en cuanto es vehículo para la formación de la opinión pública.

En principio, la solución al conflicto viene dada por la necesaria ponderación (García-Pablos), buscando el equilibrio entre estos derechos fundamentales (Ruiz-Vadillo), tarea que viene encomendada a los Tribunales de Justicia. Pero es necesario fijar un mínimo de casuismo para que aquella tarea no suponga una excesiva arbitrariedad, que atentaría contra el principio de legalidad.

1. *La solución al conflicto en el ámbito de la jurisprudencia anglosajona.*

a) El caso inglés.— Se ha matizado la responsabilidad por difamación al excluirla cuando se emiten ciertas frases por cargos públicos o políticos en base

(19) Ruiz Vadillo: “Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas”. En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Madrid. 1985.

a lo que se denomina “absolute privilege”, recogiendo algunos casos en la Defamation Act de 1952. Sólo cuando se puede apreciar una “express malice” se estaría obligado a responder del ataque al honor, salvo que se hubiese actuado con buena fe, o en cumplimiento de un deber (Ver. caso *Horrocks v. Lowwe* de 1985, citado por Estrada, obra cit. pag. 173).

b) La solución de la jurisprudencia norteamericana.— Hasta 1964 los tribunales condenaban los ataques al honor sobre la base del principio de que el demandado publicaba a su riesgo, de modo que respondía si la información difamatoria no era verdadera y además tenía la carga de la prueba de su verdad (Prosser, citado por Pablo S. —obra cit.—). Pero a partir del caso *New York Times v. Sullivan*⁽²⁰⁾ el Tribunal Supremo norteamericano consideró que la ley del estado de Alabama era inconstitucional por atentar a la libertad de expresión consagrada en las enmiendas I y XIV de la Constitución. Ahora se invierte la carga de la prueba en cuanto que el demandante ha de probar que el demandado actuó con malicia real, entendida como conocimiento de que los hechos eran falsos o con indiferente desconsideración de si eran falsos o no. Además se parte del carácter de servidor público del demandante y el tratarse de hechos referentes a su cargo, para desestimar la demanda. Pero este carácter del demandante ya no se exige a partir del caso *Rosenblatt v. Baer* (1966) en donde sólo se exige que la persona tenga capacidad de decisión sobre asuntos públicos, con independencia de que sea o no un político, un funcionario, un profesor, etc... Lo importante es que a la sociedad puedan interesar los comportamientos de esa persona en cuanto que su conducta repercute en la sociedad.

El examen de otras resoluciones posteriores permite a Pablo S. y otros —obr. cit. pag. 76— afirmar que: “a) Los cargos públicos sólo pueden reclamar por difamación dolosa o gravemente negligente. El mismo trato reciben las figuras públicas. b) Los simples particulares pueden reclamar con tal de que haya habido negligencia, no admitiéndose la responsabilidad objetiva”.

Finalmente la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1988 establece el procedimiento para someter a una persona a responsabilidad por difamación en Estados Unidos, y que resume así Clemente Auger (obr. cit. pag. 94):

— En primer lugar, apreciar si se está ante hechos u opiniones, pues éstas son libres.

(20) Sullivan se sintió atacado en su honor por un anuncio publicado en el *New York Times* en el que se narraban los ataques de la policía contra los estudiantes de color que defendían la causa de Martin Luther King. El demandante tenía el cargo de comisionado de la policía y entendía que en el citado anuncio se contenían afirmaciones no exactas.

— En segundo lugar, si hay afirmaciones de hecho, determinar si son falsas.

— En tercer lugar, determinar si nos encontramos ante una persona pública o privada y en el ámbito del debate público o no.

— En cuarto lugar, una vez que se establezca responsabilidad, afrontar la cuestión de la reparación de daños.

2. La solución al conflicto en el derecho español.

Las posibles vías que otorga el derecho español se pueden resumir en la necesidad de concretar los casos en los que la expresión o la información no deben originar una responsabilidad penal o civil, o ambas a pesar de producirse una lesión aparente del honor.

Se podría haber recurrido al *animus iniuriandi*, porque al faltar aquél no se podría incurrir en un ilícito penal o civil. Pero ya vimos que este elemento subjetivo del tipo puede coexistir con otros *animus* sin llegar a desplazarlos. Para Quintero Olivares, la imprecisión de este concepto y su difícil prueba lo hacen en la práctica poco útil (obr. cit. pag. 76).

Otra fórmula sería la prueba de la verdad. Pero aquí tropezamos con la poca operatividad que la *exceptio veritatis* tiene en nuestro derecho penal, y la casi nula aplicación práctica que aquélla tiene en el ámbito civil, en donde no tiene una base legal. Además, para Quintero Olivares no se debe ampliar su ámbito tal y como está estructurado el derecho vigente, pues “supondría en muchos casos fomentar las irrupciones en la vida privada o en la intimidad”. Esto también sería extensible a la distinción entre hechos y opiniones, que tan sólo puede servir para matizar en ciertos casos la responsabilidad o no del autor de aquéllos. La Ley de 5 de Mayo de 1982 no distingue entre hechos y expresiones (art. 7-3).

Finalmente se halla la solución del ejercicio de un derecho, es decir, se aplica la eximente del art. 8-11 del C. Penal, que como causa de justificación destruye la antijuricidad de la acción. Se precisa entonces delimitar qué conductas estarían amparadas en dicha causa de justificación porque se está ejerciendo el derecho a expresar libremente ideas u opiniones, o se está informando en ejercicio de la profesión periodística, pues como matiza Ruiz Vadillo, “tampoco existirá delito si falta la culpabilidad, esto es, la posibilidad de reprochar la acción a título de dolo o de culpa” (obr. cit. pag. 101).

Para Marc Carrillo *los criterios que hay que tener en cuenta para resolver los eventuales conflictos entre el derecho a la información con otros derechos de la personalidad serían* ⁽²¹⁾: “a) La personalidad y trascendencia pública de la persona que es objeto de una información, b) El interés científico o cultural de la información emitida, c) El carácter lesivo para la reputación del individuo o el ánimo informativo o de desvelar hechos presuntamente delictivos, d) Que la información afecte exclusivamente a aquellas actividades del sujeto realizadas en virtud de su proyección pública o bien que incidan en su propia actividad.

En cualquier caso, en estas, como en otras cuestiones, la decisión última corresponde a los Tribunales de Justicia.

Procede por tanto examinar la postura del T. Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la tutela del derecho al honor frente a la libertad de expresión y de información.

3. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional*

El Tribunal Supremo español ha modificado su jurisprudencia en los casos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, aunque ya la idea había sido matizada desde antiguo en el sentido de “no traspasar los límites racionales de la censura” (S. 8 de mayo de 1910).

Por una parte su protege el honor como derecho fundamental utilizando la vieja fórmula del *animus iniuriandi*, que de concurrir con otros *animus*, como el *iocandi*, el *criticandi*, el *narrandi*, el *corrigendi*, el *consulendi*, el *defendendi* o el *retorquendi*, puede ser diluido o desaparecer, si bien deben examinarse estos *animus* con cautela, pues “si bien es admisible la crítica ponderada, comedida, mesurada, serena, y sobre todo, razonada y justificada, también en ocasiones constituye antifaz tras el cual se oculta, con pretexto de censura... un real propósito de vilipendio, ultraje o escarnio” pues “el derecho constitucional a la libertad de expresión... proclamado en el art. 20 de la Constitución, no constituye patente de impunidad y tiene sus límites señalados en el mismo precepto constitucional, entre los cuales figura el derecho al honor” (S. de 14 de Marzo de 1988). Se parte de una concepción normativa a la hora de definir el bien jurídico protegido, entendiéndose el honor como “la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad” (S. de 20 de Julio de 1988).

(21) Marc Carrillo. *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*. Barcelona. 1987.

Por otra parte se sacrifica aquel derecho en determinados casos cuando el interés en salvaguardar la libertad de información predomina sobre el interés individual al honor. En base a la idea del interés preponderante como fundamento de la justificación, se otorga prevalencia al interés colectivo a la información y crítica de la acción política sobre el interés privado representado por el honor, si bien distingue “lo que es información de hechos y valoración de conductas personales” para excluir de la justificación “las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la formación de la opinión pública” (S. de 18 de Mayo de 1988). Es decir, que las afirmaciones superfluas e innecesarias, aunque concurra un *animus criticandi* o *narrandi*, no pueden ser amparadas en el derecho a la libertad de información o de expresión.

En todo caso, para determinar cuándo el derecho al honor deberá sacrificarse, o por el contrario, apreciar que ha habido una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión o de información, se impone una tarea de ponderación que debe realizar el juzgador teniendo en cuenta que las limitaciones a la libertad de prensa deben interpretarse restrictivamente, pudiendo otorgársele preferencia en principio a la libertad de expresión porque sin ella no se puede vivir en una sociedad democrática (S. de 21 de enero de 1988). Al periodista se le otorga un eficaz medio de protección de su actividad al considerarse que actúa ejerciendo un derecho (art. 20 de la C.E.) por lo que estaríamos ante una causa de justificación (art. 8-11 del C.P.) que destruiría la antijuricidad. “Sólo excepcionalmente deben actuar los Tribunales para restablecer el equilibrio perturbado” como señala Ruiz Vadillo (obr. cit, pág. 101), actuando los periodistas dentro de la legalidad, incluso aunque denuncien hechos constitutivos de delito, pero siempre que aporten los datos de la persona que les facilitó la información, y aunque los hechos sean falsos, siempre que aquéllos “tengan la razonable confianza de que el informador no miente y que no tiene otro ánimo que el de censurar o de criticar”. Pero si no aportan los datos de su informador, asumen las imputaciones falsas y “ha de reputárseles personal y criminalmente responsables del correspondiente delito” (S. de 4 de Octubre de 1988).

Finalmente, se obliga a los personajes públicos a soportar una mayor crítica periodística “como una de las sensibles servidumbres de su vocación política” por los intereses de la comunidad política que permite “una más laxa estimación de la crítica o censura periodística”.

En el *ámbito civil*, la regla general viene a ser excluir la posibilidad, sin más, de justificar una lesión del honor, de la intimidad y del derecho a la propia

imagen, a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o de información (Clemente Auger, obr. cit.). No obstante se encuentran excepciones a dicha regla, como la sentencia de la Sala Primera del T.S. de 24 de Octubre de 1988, en donde se da preferencia a la libertad de expresión porque no se había atacado el honor individual de las personas sino la dignidad o prestigio de un colectivo, siguiéndose así la línea marcada por la S. del T. Constitucional de junio de ese año. En sentencia de la citada Sala de 28 de Octubre de 1986 se otorgó preferencia a la libertad de información sobre el derecho a la intimidad (caso Paquirri en la enfermería de Pozoblanco, ya citado) aunque luego esta sentencia fue anulada por otra del T. Constitucional. Para concluir, y resumiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda del T. Supremo, se aprecian los siguientes rasgos, como indica Berdugo Gómez de la Torre (obr. cit. pag. 118):

— El conflicto libertad de expresión-honor se resuelve por la vieja vía del *animus iniuriandi* y su desaparición o disminución por la presencia de otro tipo de *animus*, *narrandi*, *criticandi*...

— El debate se centra entre el *animus narrandi* y el *criticandi*, según se trate de afirmaciones de hecho o valoraciones (juicios de valor).

— No destruye el *animus iniuriandi* alguno de aquellos *animus* si las expresiones son formalmente injuriosas, o se utilizan expresiones o calificativos innecesarios para el fin aparente que alega.

— Se otorga preferencia a la libertad de expresión frente al honor porque se considera que en el primer derecho, sobre todo cuando se ejercita a través de un medio de comunicación social, hay un interés colectivo que debe prevalecer sobre un interés individual, como es el honor. Además, se fundamenta esa preferencia en la necesidad de la libertad de prensa para una sociedad democrática.

Por el contrario, la *Sala Primera* es mucho más restrictiva a la hora de otorgar preferencia a la libertad de expresión o de información, sin duda por la responsabilidad cuasi objetiva que ha establecido la Ley de 5 de Mayo de 1982.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional la podemos calificar en este tema como especialmente crítica con la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia en cuanto se ha seguido por éstos la tradicional postura de preferencia a la protección del honor. Frente a aquélla el T.C. otorga una preeminencia a los intereses colectivos, frente a los individuales, pero se exige que las conductas, que en principio suponen un ataque al honor, se formulen a través de un

medio de difusión ordinario y sin añadidos innecesarios o superfluos. Ya no se resuelve el conflicto, como generalmente hacía el T. Supremo, por la vía del *animus iniuriandi*, sino por medio de la concurrencia de una causa de justificación: la del art. 8-11 del C. Penal, obrar en ejercicio de un derecho, alguno de los reconocidos en el art. 20 de la Constitución.

Así, pues, podemos señalar como notas características de esta jurisprudencia constitucional, las siguientes:

a) El T.C. no se limita a examinar si ha existido una lesión de un derecho fundamental reconocido por la Constitución, sino que también enjuicia la ponderación efectuada por el juez de instancia sobre la colisión entre el derecho al honor y otro derecho fundamental, declarando si ha sido correcta o no. Además, se fijan los criterios para una correcta ponderación. De este modo el T.C. se ha convertido en una tercera instancia en su afán de fijar los criterios orientadores, y sin duda, al querer convertirse en un tribunal no sólo constitucional, sino también, supremo. Por ello los problemas que aquejan a los tribunales ordinarios han terminado por afectar también a este Tribunal.

b) Se resalta la libertad de expresión y la de información como derechos fundamentales necesarios en una sociedad democrática, necesarios para la formación de la opinión pública, de modo que los límites a aquéllos se encontrarían en los límites que configuran los tipos del C. Penal.

c) La frontera divisoria entre los derechos en conflicto la debe marcar el juez mediante la necesaria ponderación de modo que:

— Se estará ejercitando la libertad de expresión o de información si se aprecia una intención de formar a la opinión pública, como sucede en los casos de crítica política o de actividades públicas.

— Cuando se trate de juicios de valor, la veracidad de éstos es irrelevante, por tratarse de algo personal y subjetivo.

— No son admisibles las expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica o pensamiento que se expone.

— No se tolera la crítica efectuada por medios excepcionales que no tiendan a formar la opinión pública, por ejemplo, mediante pasquines o panfletos (véase S. 165/87 de 27 de Octubre) clandestinos.

— Se protege sólo la información veraz, tal y como reconoce la Constitución (art. 20, d), exigiéndose al periodista una diligencia en la búsqueda de la

verdad, aunque se permiten las informaciones no probadas o erróneas pues de exigirse mayor rigor se pondría en peligro el debate libre y la formación de la opinión pública.

Como fundamento de lo anteriormente razonado se pueden señalar, siguiendo a Luis López Guerra⁽²²⁾, las sentencias del T.C. del llamado caso *Soria Semanal*, 105/86, en donde se otorga el amparo porque el juez en primera instancia no había efectuado la necesaria ponderación entre la libertad de expresión y de información.

También la sentencia 107/87, caso del objetor de conciencia, en donde se revisó la tarea del juez para examinar si se contempló y respetó el derecho a la libertad de expresión⁽²³⁾. Como novedad importante a partir de esta sentencia de Junio de 1988, se niega a los colectivos el derecho al honor por entender que es un derecho propio de personas físicas y no de grupos, que podrán tener dignidad o prestigio, pero no honor⁽²⁴⁾.

En la sentencia 165/87, caso de la asociación de vecinos, se deniega el amparo por no ejercerse el derecho a la crítica por los cauces normales para la formación de la opinión pública (se hizo por medio de hojas clandestinas la difusión de la información presuntamente injuriosas, que por cierto era formalmente injuriosa)⁽²⁵⁾.

Finalmente, la sentencia 6/1988, caso de la Oficina de prensa del M. de Justicia, en donde se aborda el problema de la veracidad de la información periodística.

Para el citado López Guerra la solución al conflicto entre el honor y la libertad de expresión no parece que venga por la vía de la preeminencia o preferencia de alguno de estos derechos, sino por la delimitación de dos ámbitos, separados y no conexos, "dentro de los cuales aparece como protegible, bien el ejercicio de las libertades del art. 20, en el supuesto de que se den los requisitos

(22) Luis López Guerra. "La libertad de información y el derecho al honor". *Poder Judicial*. N.E. VI. Marzo de 1989.

(23) En concreto dijo: "es increíble que a mí me metan siete meses de cárcel y que castiguen con un mes de arresto a un capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey. Esto me confirma una idea que yo tenía arraigada: hay una gran parte de los jueces que son realmente incorruptibles, nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia".

(24) Criterio seguido después por las Salas 2ª y 1ª del Tribunal Supremo.

(25) Se trataba de un caso de subasta y ocupación de un piso, imputándose al autor de tal conducta los calificativos de "subastero" y "cuervo" a través de una serie de octavillas. Se condenó al presidente de la Asociación como autor de un delito de injurias graves a la pena de destierro y multa. El T.C. denegó el amparo.

que definen esas libertades, o bien, los derechos a la personalidad, fuera de ese ámbito”.

En mi opinión, sin embargo se está procediendo al sacrificio de uno de los derechos, en beneficio del otro, caso de colisión, determinando cuál de esos derechos debe sacrificarse los intereses dominantes en un momento dado en la sociedad española, pudiendo considerarse que el honor medio, o determinado por la sociedad, influye en la prevalencia de los derechos en conflicto, así como el carácter joven de nuestro sistema político, en el que la reafirmación del propio sistema justificaría, incluso, sacrificar bienes jurídicos individuales, lo que ciertamente puede ser peligroso si la necesaria ponderación no se efectúa con sentido de responsabilidad hacia la sociedad y los derechos del individuo, existiendo el peligro de que se devalúe el honor como consecuencia de un afán de defensa del sistema democrático. Piénsese en afirmaciones como ésta: “la posible oposición honor-libertad de expresión puede ser resuelta en favor de la libertad de expresión en aquellos casos en que la misma aparezca vinculada al principio democrático” (Berdugo, obra citada, pág. 80).

Por ello no es de extrañar que algún autor, como Estrada, hable de una devaluación del honor en la sociedad actual, o que un presidente de un club afirmase: “los personajes públicos estamos sujetos a la crítica, pero también tenemos honor” (*Diario 16*, 4 de Abril de 1990).

Para concluir este apartado podríamos fijar cuáles son *los criterios que el intérprete, abogado o juzgador, deben tener en cuenta* a la hora de valorar si una expresión puede ser constitutiva de un ataque al honor de una persona, y por tanto, quedar sujeta a responsabilidad:

1. Analizar si la expresión es concreta o ambigua, admitiendo varias interpretaciones. También si aquella es de por sí ofensiva en el contexto social, o es inocua según el mismo.

2. Determinar si se trata de hechos o juicios de valor. Los primeros deben ser ciertos, o existir una mínima diligencia de búsqueda de la verdad. Los juicios de valor no estarían sujetos a responsabilidad por el carácter subjetivo de los mismos, a no ser que concurran otras circunstancias.

3. Fijar el interés o intencionalidad que existe detrás de las manifestaciones, y en particular, si se trata de formar la opinión pública mediante el ejercicio de la libertad de expresión o de información.

4. Las circunstancias del sujeto, espaciales y temporales en que se produce la presunta conducta lesiva para el honor, así como el contexto lingüístico, no siendo justificable lo superficial o innecesario para el interés legítimo aparente.

5. Si el sujeto pasivo es una persona pública se debe aludir a su actividad pública en cuanto interesa a la opinión pública.

6. El medio a través del cual se ha producido la lesión al honor, si éste es cauce adecuado para la formación de la opinión pública.

7. En general, determinar la posible prevalencia de otros derechos fundamentales a los que se les otorga en un momento histórico una preeminencia en una jerarquía de valores⁽²⁶⁾.

IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE AUTORIDADES, POLÍTICOS Y CARGOS PÚBLICOS

El honor, como derecho de la personalidad, debería de tener el mismo tratamiento, con independencia del sujeto activo o pasivo de la afrenta o conducta lesiva para el mismo. Pero en la práctica y legalmente existe un diferente tratamiento según que el sujeto pasivo de aquellas conductas sea un cargo público electo o de libre designación, un funcionario público, un político con expectativas de ocupar ese cargo, un personaje público que adquiere dicho carácter por los intereses que maneja, o, finalmente, un simple particular. Los primeros también se ven afectados por su condición a la hora de ejercitar acciones en defensa de su honor.

Por último, también habrá que distinguir según que el ataque al honor lo sea por su actividad pública, o afecte a su vida privada.

(26) La prevalencia de valores como la libertad ideológica se aprecia en sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1983, en donde por primera vez, en opinión de Berdugo —obr. cit. pág. 116— no se exige al denunciado probar que actuaba con otro *animus* que no fuese el *iniuriandi*, conforme la corriente jurisprudencial mayoritaria. En esta sentencia se abordan los incidentes ocurridos en la Casa de Juntas de Guernica. En concreto se dijo: “Esta Sala no puede aseverar, con la contundencia probatoria que sería menester, que el ánimo y propósito de los procesados, con un acto de interrupción del discurso de su Majestad, estaba dirigido a ofender el honor de la persona regia... o exclusivamente a poner de manifiesto su disconformidad con el acto... se da al menos una duda importante de la prueba practicada que debe resolverse según el principio axiomático del Derecho Penal, hoy reforzado por el art. 24-2 de la Constitución”.

Ya aludimos, al analizar el conflicto honor-libertad de expresión, que a partir del caso *New York Times v. Sullivan*, el Tribunal Supremo norteamericano ha permitido una mayor crítica de los cargos públicos, concepto que se va ampliando hasta abarcar a las personas notorias por manejar intereses colectivos. La postura de la jurisprudencia americana en esta cuestión la podemos resumir, siguiendo a Pablo Salvador (obr. cit. pag. 76) en lo siguiente:

a) Los cargos o servidores públicos sólo pueden reclamar por difamación dolosa o gravemente negligente, lo que es extensible a las llamadas figuras públicas.

b) Los simples particulares pueden reclamar con tal de que haya habido negligencia, no admitiéndose la responsabilidad objetiva.

c) Para conseguir algo más que la indemnización de los daños reales probados hay que probar el dolo o la culpa grave.

En el derecho español nos encontramos con una doble vertiente del problema, pues, por una parte, los cargos públicos pueden estar protegidos por la figura del desacato y por tipos penales específicos en cuanto tengan jurisdicción, o sean de especial relevancia, como sucede con los altos organismos de la Nación, existiendo además una regulación especial para los parlamentarios. Por otra parte, el resto de los personajes públicos, por exclusión, quedarían sujetos a la protección genérica del C. Penal y la Ley de 5 de Mayo de 1982, pudiendo encuadrarse aquí personas que manejen intereses de un colectivo (por ejemplo, directores de un equipo de fútbol) o aspiren a ello (candidatos a cargos públicos por elección).

Respecto al *desacato* ya hicimos alusión a la postura doctrinal mayoritaria que propugna esta especie de injurias agravadas, a pesar de que como ha señalado reiterada jurisprudencia, el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y por ello se ubica entre los delitos contra la seguridad del Estado (interior). El problema sustancial que planteaban estos delitos era la posibilidad de la *exceptio veritatis*, limitada en el C. Penal a los funcionarios públicos por hechos concernientes al ejercicio de su cargo (arts. 456 y 461 del C.P.). Este problema sería extensible a los casos de injurias contra el Jefe del Estado o altos organismos de la Nación (arts. 146 y 161 del C.P.).

Muñoz Conde (obr. cit, págs. 546 y 635) ya se inclinaba por la vía de la concurrencia de una causa de justificación (art. 8-11 del C.P.) en los supuestos en que sean verdad los hechos injuriosos, por aplicación del art. 20 de la Cons-

titución, criterio que hoy día parece más vigente por las recientes sentencias del T. Constitucional ya mencionadas, y que comparte Berdugo al entender que es preferible esta vía “pues concede una mayor amplitud a libertad de expresión” que la vía de la *exceptio veritatis* (pág. 107 obr. cit.).

En mi opinión habría que distinguir según que el interés del sujeto activo fuese la crítica política, y ésta se efectuase por los cauces ordinarios para la formación de la opinión pública, de los casos en que haya una ausencia de tales elementos. En estos supuestos, sólo la *exceptio veritatis*, justificada sin duda por un interés relevante para la sociedad, podría excluir la punibilidad de la conducta. Sólo en el caso de que nos encontremos ante juicios de valor y no hechos, la colisión con la libertad de expresión o de información puede resolverse en favor de la defensa de los otros bienes jurídicos que también se defienden con estos tipos penales: el principio de autoridad, el prestigio de las instituciones, en suma, el propio sistema político. Bastaría aplicar el principio de que *lex specialis derogat legem generalem*. Otra solución sería entender que en aquellos delitos siempre hay un ataque al honor con independencia de que se ataquen otros bienes jurídicos, y por tanto la libertad de expresión estaría recíprocamente limitada por el derecho al honor de esos cargos públicos.

La protección que se otorga a los *parlamentarios* por las expresiones vertidas en el ejercicio de su cargo resulta bastante curiosa por su origen. Tras la promulgación de la Ley de 5 de Mayo de 1982, éstos quedaban protegidos cuando sus manifestaciones lo fuesen sobre hechos relacionados con su actividad parlamentaria, por aplicación del art. 71 de la Constitución. Pero cuando no se diese este supuesto podían verse inmersos en el sistema de responsabilidad que creó la citada Ley⁽²⁷⁾. Por ello se promulgó la Ley de 29 de Mayo de 1985 que modifica la Ley de 5 de Mayo en el sentido de que sus manifestaciones no tendrán carácter de intromisión ilegítima, cuando se trate de opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. Así se les concedía una especial inmunidad que hace pensar a Estrada por qué los particulares no pueden ser resarcidos por las lesiones a su honor cuando el ataque proceda de un Diputado o Senador, existiendo una clara lesión al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución en relación con el art. 18 de la misma, lo que es evidente aunque Berdugo intente justificar esta protección en la salvaguardia de una institución como las

(27) Estrada cita casos en donde se determinó la responsabilidad de parlamentarios, a pesar del art. 71 de la C.E., como la sentencia del Tribunal Constitucional 51/1985 y la Sent. del J. de 1ª Inst. nº 2 de Madrid de 22-XII-1983, en la que era demandante la Asociación Profesional de la Magistratura.

Cortes, de modo que operaría como una causa de exclusión de la pena, operando la inviolabilidad del art. 71 de la Constitución como una causa de justificación del art. 8-11 del C. Penal.

En cualquier caso, la protección que se otorga a los parlamentarios por las manifestaciones vertidas por hechos no relacionados con su cargo resulta injustificada, por otorgarse una especie de patente de corso en la dialéctica extraparlamentaria.

Los demás cargos públicos, incluidos los funcionarios, estarían protegidos por la legislación ordinaria, penal y civil. Otra cuestión es la crítica que el resto de los ciudadanos puedan hacer a su actividad o gestión.

Cuando la censura se dirija a cargos no protegidos por tipos especiales penales, ya dijimos que si se enjuiciaban hechos era posible aplicar la *exceptio veritatis*, y si se trataba de juicios de valor operaría el obrar en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información siempre que así resulte de la ponderación necesaria que haga el juzgador. Para los simples funcionarios la *exceptio veritatis* es aplicable por imperativo legal (art. 461 del C.P.). Para este resto de los cargos públicos sería aplicable lo dicho para los protegidos con mayores penas en los tipos penales, con la particularidad de que no podría hacerse uso de estos tipos para, alegando la *lex specialis*, reprimir la crítica a su actividad pública, ni tampoco la preeminencia de valores o bienes jurídicos distintos. Pero a todos estos cargos públicos y a los funcionarios, en cuanto adquieran relevancia con su actividad debido a la trascendencia de su función, se pueden aplicar los siguientes razonamientos del Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de Octubre, 165/87: “hay un valor preferente de la libertad de información cuando ésta se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, de modo que si se trata de personas privadas entonces no habría tal preferencia”.

El Tribunal Constitucional no entra a debatir la veracidad de los juicios de valor por tratarse de apreciaciones personales, atendiendo sólo al carácter formalmente injurioso de las expresiones y al carácter innecesario de ciertas frases al expresar la idea u opinión, pues en los demás casos la importancia o fuerza de la libertad de expresión o de información, como causa de justificación se corresponde con la relevancia pública del sujeto pasivo de la conducta lesiva para el honor (sent. 107/88, caso del objetor de conciencia).

Lo anterior sería aplicable al *debate político* y a la *lucha electoral*, en donde deben dominar los principios generales expuestos sobre la preferencia de la

libertad de expresión y los límites a la misma, sin más particularidades ni privilegios para los contendientes, aunque algún autor pretenda justificar conductas difamatorias en la propia naturaleza del sistema democrático, y la realidad nos presente conductas y expresiones de ciertos políticos verdaderamente difamatorias con motivo de luchas electorales o políticas⁽²⁸⁾.

V. LA ELECCIÓN DE LA VÍA MÁS ADECUADA

Para el perjudicado por una conducta, en principio, lesiva para su honor, intimidad o propia imagen, así como para el profesional del derecho que debe asistirle, se puede plantear la duda de qué procedimiento seguir a la hora de hacer valer sus derechos ante los Tribunales de Justicia, en orden a obtener un castigo para el culpable de la intromisión, cuando no una indemnización que le resarza de los perjuicios sufridos.

Dejando a un lado los casos de atentados contra la intimidad personal y la propia imagen, que deben ser resueltos por la vía civil, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, la elección de la vía civil o penal puede ser problemática porque de ella dependerá en parte que prospere la acción ejercitada.

En efecto, los jueces civiles han rechazado demandas cuando el difamado era una autoridad pública, alegando la incompetencia de jurisdicción porque de ser ciertos los hechos podrían constituir un delito de desacato (art. 244 y ss. del C.P.). Esta postura resulta conforme con la Exposición de motivos de la Ley de 5 de Mayo de 1982, que matiza el posible problema así: ...“en los casos en que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta Ley establece”.

Para García-Pablos (obr. cit, pág. 228), el criterio que debe usarse para

(28) La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo distingue a los particulares de las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección, al abordar la protección de la propia imagen, ya que permite que la imagen de estos últimos se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, así como la caricatura con arreglo a los usos sociales (art. 8-2a y b).

Para Pablo Salvador (obr. cit., pág. 82) esta excepción de la citada Ley se corresponde al principio de que “la categoría de personaje público exige una flexibilización de las reglas generales de tutela del honor, la intimidad y la imagen”, siendo extrapolable este principio al ámbito del honor, cuando se trate de aquellos personajes.

resolver estos conflictos o concurso de leyes, no resuelto por el art. 68 del C. Penal, debe ser el carácter subsidiario del Derecho Penal, al que se debe acudir sólo para proteger “los bienes jurídicos más valiosos de las amenazas más serias a los mismos y cuando se muestren ineficaces o insatisfactorios los otros resortes de naturaleza no penal de que dispone el Estado”.

Pero en donde el problema resulta de difícil solución es en los casos de *autoridades*, ya que un ataque contra su honor puede integrar un tipo penal específico, porque se incurriría en un delito de los perseguibles de oficio (“las ofensas dirigidas a la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, y los delitos del Cap. VIII del Título II del Libro II del C. Penal” —desacatos, injurias e insultos a autoridades—), frente a los delitos semipúblicos que requieren la denuncia previa (los de injuria y calumnia cometidos por medio de la imprenta u otro medio mecánico de difusión), y los privados, que requieren la querrela y el acto de conciliación (el resto)⁽²⁹⁾. En los primeros la elección de la vía civil por parte del perjudicado originará sin duda una alegación de la incompetencia de jurisdicción o de prejudicialidad penal —para estos efectos es indiferente la vía utilizada—, por más que algún autor considere que no se debe privar a los políticos y cargos públicos, con protección penal especial, del uso de la vía civil para resarcirse de los ataques a su honor.

Pero no puede olvidarse que en los delitos de desacato y similares el bien jurídico protegido no es sólo el honor de los cargos públicos, sino que también se protegen otros bienes jurídicos como el principio de autoridad, la dignidad de los cargos, las instituciones políticas etc. Por ello los titulares de esos bienes jurídicos no podrían alegar la lesión del honor, porque la conducta lesiva atenta contra diversos bienes jurídicos, sin que pueda distinguirse entre “honor privado” del sujeto pasivo y el “honor público” o dignidad del cargo, que trasciende a quien pueda ser un titular en un futuro. De ahí la dificultad para la despenalización de estas conductas, como propone cierto sector doctrinal. Como dice Quintero Olivares, existe un interés de orden público en estos tipos penales.

En consecuencia, sólo la vía penal será la utilizable para defenderse frente a los ataques manifiestos que no supongan una mera crítica a los cargos públicos.

López Guerra, al examinar esta cuestión (obr. cit, pág. 293) se pronuncia por la anterior tesis ante la ausencia de criterio jurisprudencial en el Tribunal Constitucional, de modo que “cuando se trata de posibles intrusiones en el

(29) Ramón Montero Fernández Cid, en *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. pág. 127.

honor de personas ocupando cargos públicos (y por su función en ellos) la vía pertinente es la penal, y no la civil; no habría pues, en supuestos como el desacato (perseguido de oficio) elección posible para el afectado”.

En la práctica, los medios de comunicación prefieren que se emplee la vía penal a la civil por la frecuencia con que se desestiman las querellas, lo que permite afirmar que cuando *un particular* sea el sujeto pasivo del ataque al honor, sobre todo si se hace a través de un medio de comunicación normal, la vía más adecuada será la civil, por la mayor probabilidad de que prospere la acción ejercitada, siempre que la lesión no sea de suficiente entidad como para atender que se cometió una infracción penal. Pero, aun en este supuesto, habrá que examinar las circunstancias personales, de espacio y tiempo, y la propia naturaleza y forma de la afrenta, para determinar si no sería preferible una denuncia o querella basada en una supuesta *falta de injurias*. Piénsese en los insultos que dos vecinas vierten por causa de la ropa mojada, o en las discusiones que se producen en el ámbito de juntas de propietarios o accionistas. Además la reforma del C. Penal de 21 de Junio 1989 ha elevado considerablemente la pena de las injurias livianas (entre 25.000 y 100.000 pts. de multa —art. 586-1º del C.P.—).

En conclusión, la mayor o menor gravedad y trascendencia de la afrenta en función de las circunstancias referidas debe de orientarnos a la hora de elegir la vía más adecuada: *la vía penal*, como delito o falta (éstas limitadas a injurias verbales o de obra), o *la vía civil*, como medio de conseguir el resarcimiento económico casi con total seguridad.

Tratándose de autoridades, la vía penal es el único camino para la defensa del perjudicado, cuando los obligados legalmente no ejerciten la acción correspondiente (lo que sin duda podría orientar sobre el grado de respeto a los cargos públicos, que desde las máximas instancias se exige a los ciudadanos), lo que por desgracia sucede con frecuencia, cuando no sucede lo contrario de un modo precipitado y exagerado.

La vía civil quedaría limitada a los ataques a la vida privada de aquellas personas.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se puede hablar de una despenalización práctica de los ataques al honor de las personas, pues la jurisprudencia de estos últimos años ha creado un estado de opinión según el cual la vía civil es la más adecuada para resolver los ataques al honor, sobre todo cuando se vislumbre un mínimo de intencionalidad crítica o juicio de valor sus-

ceptible de encuadrarse en el ejercicio de la libertad de expresión o de pensamiento, y más aún cuando aquellos indicios aparecen en opiniones o noticias difundidas a través de medios de comunicación de masas.

VI. LA INDEMNIZACIÓN POR LESIÓN DEL HONOR

Dos preceptos legales establecen los criterios a seguir para la determinación de los perjuicios causados como consecuencia de una conducta lesiva para el honor, y el importe de la indemnización. Me refiero a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, ya vista, que en su art. 45 dice: “La indemnización por perjuicios materiales y morales se fijará en la sentencia expresamente. Los Tribunales tendrán en cuenta el agravio y el medio a través del cual se cometiera el delito o falta, así como la difusión de los mismos”, así como a la Ley de 5 de Mayo de 1982, que en su art. 9-3 establece que: “La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

Este último artículo es de gran importancia porque la citada Ley en su art. 1-2 obliga a aplicar los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

Partiendo, pues de una eficacia civil y penal del citado art. 9-3, se distinguen los *siguientes criterios a considerar a la hora de reclamar y fijar la debida indemnización*:

1. La presunción del perjuicio siempre que exista la intromisión, lo que viene a confirmar el sistema de responsabilidad objetiva a que tiende la Ley. Para Pablo Salvador (obr. cit, pág. 57), “la responsabilidad objetiva restringe los flujos de información en mayor medida que la responsabilidad culposa”. La razón no es otra que la precaución que adoptarán los medios de comunicación cuando se trate de difundir una noticia sobre la que no tengan la certeza de su veracidad, criterio que ya vimos ha sido suavizado por el Tribunal Constitucional al permitirse las informaciones no probadas o erróneas (Sent. 6/83).

No obstante la presunción del perjuicio ha sido atenuada por los Tribunales, como en el caso de la Sentencia de la Sala Primera del T.S., que no la apreció por haberse puesto en duda el honor de una persona por sus propios actos (Sent. 26 de junio de 1987), criterio que han seguido los Tribunales para denegar la protección del honor en base a la teoría de los actos propios.

2. La indemnización no sólo comprende los daños materiales, sino que abarca también los morales. Normalmente serán estos últimos los que se produzcan en la práctica, lo cual no impide la existencia de, por ejemplo, lucros cesantes por las consecuencias de la difamación.

La indemnización de los daños morales ya se admitió en la famosa sentencia de 6 de Diciembre de 1912, aunque se exigía un perjuicio material, que posteriores sentencias fueron eliminando hasta admitirse un daño moral puro o espiritual, sin trascendencia material.

3. Para determinar la cuantía de la indemnización se atiende a la importancia del daño y a las circunstancias del caso. Para determinar a su vez la gravedad del daño se valorará la audiencia del medio (la misma naturaleza del medio, según el art. 45 de la L. de P. Jurisdiccional) y el beneficio obtenido por el causante de la lesión.

La Jurisprudencia del T.S. ha tenido que matizar estas reglas tan genéricas, pues por la vía de la indemnizaciones cuantiosas se puede originar un enriquecimiento de las víctimas, y si aquéllas son mínimas se corre el peligro de que las empresas periodísticas prefieran el pago de la indemnización que el comprobar la veracidad de su información⁽³⁰⁾.

Para Fernández Albor⁽³¹⁾, que cita sentencias antiguas del T.S., éste ha valorado la conducta del culpable y posición económica del ofensor y del agraviado, evitándose los negocios de enriquecimiento, cuando no se ha limitado a dar plena libertad a las Salas sentenciadoras.

Se ha criticado que la referencia a la difusión del medio de comunicación

(30) Pablo Salvador cita en su obra el criterio del Juez Learned Hand según el cual es lo mismo en sus resultados preventivos un sistema de responsabilidad objetiva que el de la negligencia, porque el causante de un accidente sólo responde de él cuando el coste de las precauciones para evitarla (B) es menor que el de la probabilidad de que ocurra (P) multiplicada por el valor del daño causado (L): $B = P \times L$. En nuestro caso, los presuntos difamadores tomarán precauciones siempre que el coste de aquéllas sea inferior a lo que tengan que pagar de producirse la lesión.

(31) Agustín Fernández Albor, en *Libertad de expresión y Derecho Penal*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa. 1985.

pueda originar una indemnizaciones demasiado elevadas, incluso superiores a la muerte de una persona. Frente a esto Estrada (obr. cit., pág. 190) considera que lo mejor es elevar el importe de aquellas indemnizaciones, en vez de bajar las derivadas de lesiones al honor. De hecho la adaptación de nuestro derecho al de la Comunidad Económica Europea va a originar en poco tiempo dicha elevación por la vía de las muertes en accidentes de tráfico.

Lo cierto es que en la medida que las indemnizaciones no tengan en cuenta el beneficio de los medios de comunicación, serán más frecuentes las agresiones a la intimidad de las personas, porque el coste de reparar el perjuicio será poco relevante para la empresa periodística, estimando que la mera publicación de la rectificación de la noticia difamatoria no es suficiente, salvo que se trate de particulares, a los que podría ser muy costoso el anuncio correspondiente. Otro criterio sería el destinar el importe de la indemnización a reparar el honor del ofendido, acreditándose en sentencia, como se hizo en la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia 19 de Madrid en su sentencia de 26 de enero de 1985.

Finalmente, en el ámbito penal de modo exclusivo, el art. 465 del C.P. impone la obligación de los directores de los periódicos, a través de los cuales se hubiese difundido la calumnia o injuria, de publicar la satisfacción o sentencia condenatoria, en el término que señalen las leyes o Tribunales, si lo reclamare el ofendido, suponiendo una especie de derecho de rectificación que limita la facultad del Tribunal Penal a la hora de indemnizar los perjuicios morales, pues es potestativa del perjudicado esta vía de reparación de su honor, y menos aún, puede ser ésta la fórmula para reparar el daño causado con carácter exclusivo.

También el art. 456 del C.P. facilita la rectificación, esta vez por medio de los periódicos oficiales, publicando la sentencia en que se declare la calumnia, sin lo pidiese el calumniado, lo que implica poner a disposición de un particular medios públicos para reparar su honor y demuestra que el Estado está interesado en la protección de este derecho de la personalidad.

VII. CONCLUSIONES

Primera. El derecho al honor tiene el carácter de derecho de la personalidad que en nuestro derecho se configura como el derecho a ser respetado, o lo que es lo mismo, a que se respete la reputación y honra de una persona, correspon-

diendo al Estado el evitar que se produzcan agresiones o ataques a ese derecho, así como a procurar la reparación de los daños causados, por ser una materia en donde existe un interés público y privado.

Segunda. La protección de este derecho no es lo mismo en el ámbito de los países latinos que en el de los anglosajones. El concepto de honor clásico parece más arraigado en los primeros, no admitiéndose la prueba de la verdad sino en casos muy limitados. Por el contrario, en el ámbito del derecho anglosajón, construido por la jurisprudencia, la prueba de la verdad tiene gran valor, aunque también se valore la intencionalidad o malicia y el carácter más o menos público del sujeto pasivo de la conducta lesiva para el honor.

Tercera. El Derecho español parte de una concepción latina del honor, otorgándose una protección inicialmente penal, pero ha evolucionado a favor de una despenalización de las conductas lesivas a aquel derecho por medio de la Ley Orgánica de 5 de Mayo de 1982. No obstante la prueba de la verdad sigue limitada legalmente en el ámbito penal a los casos de funcionarios por hechos concernientes al ejercicio de su cargo y a las calumnias. En el ámbito civil tampoco tiene eficacia la prueba de la verdad por lo dispuesto en la citada Ley Orgánica, a lo que coadyuva una especie de responsabilidad objetiva establecida por la jurisprudencia.

Cuarta. Existe una tendencia doctrinal favorable a la despenalización de las injurias y calumnias, por la excesiva ambigüedad de los tipos penales y consiguiente inseguridad jurídica, al quedar en manos de los Tribunales de Justicia la determinación de cuándo existe un ilícito penal, civil, o el mero ejercicio de un derecho constitucional. No obstante existe la dificultad a la hora de abordar la despenalización de los llamados tipos cualificados de injurias, como son los desacatos, de que el bien jurídico protegido no es sólo el honor del cargo público sino también el propio sistema político. Quizás la vía de la *exceptio veritatis*, aplicada legalmente, evitaría que los cargos públicos se viesan amparados por aquellos tipos penales para cometer verdaderos abusos. Una posible solución también se encontraría en la reducción de las penas de estos delitos o permitir una escala de penas más amplia.

Quinta. El honor se ha convertido en la práctica jurídica en un valor relativo, de modo que deja de ser un bien jurídico absoluto para pasar a tener un carácter relativo. Por ello se puede hablar de una idea democrática o socializada del honor porque la defensa del mismo se halla condicionada, por una parte, por otros bienes jurídicos, cuya defensa condiciona la eficacia de aquél, y

por otra, por lo que se ha llamado honor medio u honor que la sociedad considera digno de tutela. El honor se tendrá que sacrificar ante otros derechos reconocidos en la Constitución y que tengan su mismo rango de derecho fundamental. La prevalencia de uno u otro derecho dependerá de las circunstancias socio-políticas dominantes, que en la práctica imponen una jerarquía de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, por más que se diga que no debe calificarse a estos derechos como preferentes sobre los demás. Finalmente, el honor objetivo domina sobre el subjetivo y se perfila por la sociedad en función de los valores morales dominantes en una sociedad, el cual trasciende a las personas encargadas de velar por la protección de este derecho de la personalidad.

Sexta. En el ámbito de los conflictos entre la libertad de expresión y de información, y el derecho al honor, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional ha otorgado protección a los primeros por la vía del ejercicio de un derecho, operando como una causa de justificación del supuesto ilícito penal, de modo que se destruye la antijuricidad de la conducta (a no ser que admitamos la teoría de los elementos negativos del tipo).

En la práctica, la preeminencia de la libertad de expresión es evidente cuando se produce el ataque a la dignidad de la persona por medio de un medio de comunicación periódico y legal. A su vez, se exige por los Tribunales que la expresión o información cumplan unos requisitos para evitar que al amparo de aquella causa de justificación se cometan abusos que integrarían ataques al derecho al honor.

En las matizaciones jurisprudenciales han salido perjudicados los colectivos y grupos sociales, como las llamadas clases del Estado, al no reconocérseles el honor sino la dignidad, por el carácter individual de este derecho de la personalidad.

En general, resumiendo el tema en cuestión, se otorga prioridad al interés colectivo que representa o implica la libertad de expresión por considerársela esencial en un sistema democrático, aunque en teoría el honor y aquel derecho fundamental tienen el mismo rango y no deba otorgarse preeminencia a ninguno de ellos.

Hablando de prioridad me refiero a que al entrar en colisión los dos derechos se produce una colisión entre los campos de influencia de cada uno de ellos, en donde despliegan su eficacia protectora. Al fijarse el límite o frontera entre los dos campos se amplía o restringe aquel ámbito protector, de modo

que se pueda llegar a comprimir o reducir a uno de esos derechos, devaluándolo, si no se actúa con ponderación a la hora de marcar el citado límite.

Séptima. El panorama actual de la jurisprudencia aconseja utilizar la vía penal cuando se trate la víctima de personas que ocupan cargos públicos penalmente protegidos, o funcionarios públicos, y el ataque del honor deriva de hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

Por el contrario, tratándose de particulares, o hechos relativos a la vida privada de los citados anteriormente, lo procedente es acudir a la vía civil, siempre que el ataque al honor no sea grave, atendiendo a las circunstancias de espacio, tiempo, personales y sentido gramatical de las expresiones vertidas, así como la concurrencia de otros *animus* o intenciones que debiliten o destruyan el *animus iniuriandi*, si es que no merecen la calificación de injurias livianas, constitutivas de una falta.

Si las injurias y calumnias fuesen difundidas por un medio de comunicación legalmente establecido, hay que valorar la posibilidad de que el causante de la lesión pueda acreditar una intencionalidad que destruya o debilite el dolo específico de estos delitos, para decidirse por la vía penal, o por la vía civil y el derecho de rectificación, como medios más eficaces y rápidos para conseguir la reparación del perjuicio causado. Si se trata de autoridades o funcionarios públicos sólo es factible la vía penal, pero también deberá valorarse la propia conducta del sujeto pasivo de la afrenta y la tendencia jurisprudencial que obliga a los personajes públicos a soportar una mayor crítica por su gestión o actividad de dicho carácter. No en vano, los funcionarios públicos tienen que soportar la injuria cuando el acusado de ella pruebe la veracidad de sus imputaciones, si éstas se refieren a hechos concernientes al ejercicio de su cargo, conforme al art. 461 del C. Penal.

Octava. En toda esta problemática libertad de expresión-honor, corresponde a los periodistas la máxima diligencia en la comprobación de la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus noticias y comentarios, evitando que al permitírseles informaciones erróneas o no contrastadas se cometan verdaderas difamaciones que no estarían justificadas por la necesaria libertad de prensa, ya que no se cumpliría el fin para el que se otorga, la formación de la opinión pública. Habrá que ponderar en cada caso la conveniencia de difundir la información sobre la base de relacionar la veracidad y el contraste necesario de lo que se va a publicar, y la obligación de mantener informada a la opinión pública, correspondiendo a las asociaciones de periodistas velar por que se produzca aquella ponderación.

Novena. Frente a la postura de quienes proponen una despenalización de las injurias y calumnias se propone una reforma de los tipos penales en el sentido de redactarlos con una mayor casuística, a fin de perfilar las conductas que deben ser sancionadas penalmente.

Por el contrario, a quienes también critican la regulación civil opondría que tiene un gran valor como medio para resolver los ataques al honor menos graves, evitándose así una devaluación del honor en nuestra sociedad.

La concepción democrática del honor aconseja que el enjuiciamiento de las conductas presuntamente lesivas a aquél se haga por medio del jurado, aprovechando la actual regulación procesal de los delitos de injurias y calumnias, haciéndolo extensivo a los delitos de injurias contra altos Organismos de la Nación y a los desacatos. De esta forma serían los miembros de la sociedad los que harían efectiva la socialización de este bien jurídico, en el sentido de que determinarían los contornos y límites de este derecho de la personalidad, frente a otros derechos que también tienen el carácter de fundamentales conforme a nuestra Constitución, con los que colisiona en la realidad diaria, sobre todo la libertad de expresión, de pensamiento y de información.

BIBLIOGRAFÍA

- AUGER LIÑÁN, Clemente: "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen". *Poder Judicial*: Número Especial XIII.
- ALONSO ÁLAMO, M.: "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales". *Anuario de Derecho Penal*. 1983.
- ESTRADA ALONSO, Eduardo: "El derecho al honor de las personas jurídicas". *Poder Judicial*. Número Especial XIII. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982*, Civitas. 1989.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y libertad de expresión* Tecnos. 1987.
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín: *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la U. Complutense. EDERSA. 1985. Pág. 115.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 205.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: "La libertad de información y el derecho al honor". *Poder Judicial*. Número Especial VI. 1989.

- MARC CARRILLO: *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución de 1978*. Barcelona. 1987. P.P.U.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, parte especial*. Sevilla. 1982.
- MONTERO FERNÁNDEZ CID: En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 127.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Javier: "El recurso preferente y sumario del art. 53 de la Constitución". *Poder Judicial*, Número Especial VI. 1989.
- PABLO SALVADOR, M.T. CASTIÑEIRA. y otros: *¿Qué es difamar? Libelo contra Ley de Libelo*. Civitas. 1987.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor". *Poder Judicial*. N.E. XIII.
- ROMERO COLOMA, Aurelia: *Los bienes y derechos de la personalidad*. Trivium. 1985.
- T.S. VIVES: *Derecho Penal, parte especial*. (Con otros autores-UNED). Pág. 689.
- RUIZ VADILLO, Enrique: "Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas". En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 73.
- ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: En *Libertad de Expresión y Derecho Penal*. Pág. 233.
- SÁINZ CANTERO, J.A.: "El contenido sustancial del delito de injurias". *A.D.P.C.P.* 1957.
- IGARTUA ARREGUI, F.: "Crónica de la última jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión e información". *Actualidad Civil*. 1989-2.