

Revista del Foro Canario

84



Las Palmas de Gran Canaria, 1992

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 LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL HONOR

¿ Derechos “en colisión” o regulación deficiente?
Análisis y sugerencias en torno a un régimen jurídico

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL HONOR

Prefacio

I. INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS

1.1 Problemas en la protección de los Dh en el ámbito civil

1.2 Problemas en la protección de los Dh en el ámbito penal

1.3 Posibles criterios de solución para los problemas analizados

a) Procesales

b) Sustantivos civiles

c) Sustantivos penales

II. LOS TRES FRENTES DE TRABAJO ABIERTOS AL LEGISLADOR

2.1 Los criterios sustantivos generales

- a) En el ámbito civil
- b) En el ámbito penal
- c) En el ámbito de la legislación complementaria

2.2 Criterios sustantivos a considerar desde la perspectiva constitucional

2.3 La cuestión procesal

III PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

Dh:	Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
Lxc:	Libertades de expresión y de comunicación
DF y LP:	Derechos Fundamentales y Libertades Públicas
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecha en París el 10 de diciembre de 1948
PP 66:	Pactos Universales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, firmados en Nueva York el 19 de diciembre de 1966
TS/STS:	Tribunal Supremo/ Sentencia del Tribunal Supremo
TC/STC:	Tribunal Constitucional/Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH/STEDH:	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo, derivado del CEDH)/ Sentencia del mismo Tribunal
LO:	Ley Orgánica
LOREG:	Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
RCD:	Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982
RS:	Reglamento del Senado, de 26 de mayo de 1982
BOCG:	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CC:	Código Civil
CP:	Código Penal
LEC y LECrim:	Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal
LPJDFP:	Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona
PANCP 90:	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1990 (Ministerio de Justicia, 1990), actualmente en fase de estudio, a luz de los dictámenes de los colectivos jurídicos implicados
GP:	Grupo Parlamentario
Tít.; Art.:	Título; Artículo

El presente *estudio* se propone acometer la disección analítica de la alegada “colisión” de unos derechos, derechos y libertades investidos de rango constitucional, ofreciendo, al mismo tiempo, una revisión crítica de las interpretaciones más habitualmente suscritas acerca de los elevados índices de litigiosidad en los que la cuestión de fondo gira en torno a esos derechos.

1. *Introducción al análisis de los problemas* suscitados a propósito del disfrute *conflictual de las libertades de expresión y de comunicación de informaciones veraces* y la protección del honor, bienes constitucionales ambos y merecedores por ende, de máximas garantías.

2. *Estudio de los tres frentes abiertos al legislador* a partir de las iniciativas recientemente activadas para el perfeccionamiento del régimen de “desarrollo”, de “ejercicio” y de “disfrute” de los derechos implicados en los terrenos sustantivo (civil y penal) y procesal (civil y penal).

3. *Conclusiones sobre la formulación de propuestas legislativas* planteadas.

I. INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS

La aprobación, por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 25 de septiembre de 1990, de la *Proposición no de ley del GP Cat (CiU)*, por la que se instaba al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses a partir de la fecha, los *Proyectos legislativos necesarios* para el “desarrollo y protección de los derechos reconocidos en los arts. 18 y 20 de la Constitución” (CE), ha planteado, sin duda, una variedad de cuestiones a nuestro legislador.

Si queremos abordar tanto los fundamentos de esta importante iniciativa cuanto sus previsibles consecuencias *positivas* y la modalidades para su implementación, será preciso ordenar las ideas al respecto, adoptando, en consecuencia, un esquema *secuencial* y con vocación analítica.

Entre las cuestiones *previas*, –aquellas que deben ser estudiadas con anterioridad si es que se quiere comprender la dirección de las propuestas propiamente legiferantes–, destacaríamos las siguientes:

1. Es necesario analizar qué tipo de problemas ha hecho de la relación existente entre los distintos y heterogéneos derechos reconocidos en los arts. 18 y 20 de la CE una relación conflictual. No se trata, en esta sede, de abordar una disquisición puramente teórica sobre los fundamentos de la potencial “colisión” en el ejercicio de los mismos, sino de localizar los ámbitos

materiales de relación que vienen manifestándose como especialmente conflictivos en la experiencia y en la práctica¹.

2. En el mismo orden de cosas, se constata la conveniencia de prestar una especial atención al tratamiento jurisprudencial de los referidos ámbitos de conflicto, enfatizando los problemas de fondo que dicho tratamiento viene a poner de relieve².

3. La reflexión se centrará en los distintos órdenes expresamente concernidos por la Proposición no de Ley: esto es, en los ámbitos de protección civil y penal de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE, en adelante Dh), en su especial relación con las libertades de expresión, de comunicación y de información (art. 20 CE, en adelante Lxc)³.

1.1 Problemas en la protección de los Dh en el ámbito civil

En un principio, la protección civil del honor, en cuanto derecho adscrito al ámbito o círculo interno de la personalidad podía verse instrumentada sobre la base prestada por los arts. 1.092 y 1.902 del Código Civil (Cc.). No obstante, sólo desde la promulgación de la Constitución, y especialmente a partir de la *Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo*, viene a registrarse el despegue de la litigiosidad sobre pretensiones fundadas en la alegada lesión de los referidos derechos. Veamos una sucinta relación de problemas prácticos, tal y como aparecen recurrentemente subrayados en los estudios sobre el tema.

- (1) Así lo acreditan, en efecto, tanto la literatura jurídica comparada (–y en esta ocasión, significativamente, coinciden los dos grandes sistemas o corrientes del Derecho legatario de la tradición constitucional liberal y democrática de raíz occidental, a saber: el *Derecho anglosajón* (EEUU y Gran Bretaña) y el europeo-continental, en el que España se inscribe) cuanto la jurisprudencia de cada concreto ordenamiento. Una lectura sintética del tratamiento del problema en el Derecho comparado puede ser obtenida en J. Robert & H. Oberdorff: *Libertés fondamentales et droits de l' Homme (Textes français et internationaux)*, Montchrestien, Paris, 1989. Para una primera aproximación a la cuestión en España, acúdase al muy sugestivo ensayo de S. Muñoz Machado: *Libertad de Prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988; así como a J.J. Solozábal: “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, REDC n. 23, 1988.
- (2) Para una primera lectura de los principales problemas jurisprudenciales que iremos desgranando a lo largo de este estudio, atiéndase al tenor de las sentencias del Tribunal Constitucional español (–en adelante SSTC–) 107/88 (“caso Soria Semanal”), 165/87 (“Asociación de Vecinos”), 6/88 (“Oficina de Prensa Ministerio de Justicia”), y 105/90 (“caso J.M. García”). En torno a la jurisprudencia emanada sobre el punto desde un modelo comparado de diferente patrón (–el *pattern* del TS USA–), tendremos ocasión de volver sobre sus pronunciamientos más significativos. Anticípense, por el momento, los muy importantes casos N.Y. Times vs. Sullivan (1964), Time Inc. vs. Hill (1967) y Richmond Newspapers Inc. vs. Virginia (1980).
- (3) Cfr., *prima facie*, L. López Guerra: “La libertad de información y el derecho al honor”, en *Poder Judicial* n. VI, 1988.

1. Un primer problema práctico viene estribando en la cláusula legal que otorga *absoluta preferencia* a la *vía procesal penal*. Se ha dado pie, con esta técnica, a un recurso sistemático, por parte de los demandados, a la reconducción procesal de la demanda civil hacia las vías penales.

Desde el punto de vista *sustantivo*, el problema reside en la dificultad que ello supone para garantizar la plena efectividad a la garantía civil contra las denominadas *intromisiones ilegítimas* (arts. 7 a 9 L.O. 1/82). Desde un punto de vista técnico, el problema se concreta en la frecuente mixtificación, operada por los propios jueces, de dos cuestiones perfectamente diferentes entre sí: de un lado, la *excepción de incompetencia de jurisdicción*, y, de otro, la *cuestión de la prejudicialidad penal* (art. 114 LECrim.). Frente a ello puede oponerse lo siguiente:

a) Un Juez civil ante el que se plantea una *acción civil* es competente para conocer de la misma. No puede aceptar *excepción de incompetencia de jurisdicción* (habitualmente alegada por la parte demandada, en su estrategia dirigida a reconducir la acción hacia un proceso penal), porque no se le ha requerido pronunciamiento alguno acerca de existencia de un delito: le basta con concretar si existe o no el *ilícito civil* que la L.O. 1/82 contempla⁴.

b) Si, por cualquier razón, se promoviere un *juicio penal sobre los mismos hechos*, tendrá aplicación la técnica de la *cuestión prejudicial*, no pudiéndose proseguir el pleito civil hasta que recayere sentencia firme en la causa criminal.

c) Esta conclusión no debe variar en los casos en que los hechos resultaren constitutivos de *delito perseguible de oficio*. Corresponderá, en este caso, al Ministerio Fiscal la obligación de denunciar o solicitar la incoación del sumario correspondiente, o bien –si como es previsible, la tramitación reglada se corresponde con lo previsto en la LO 7/88, del *Procedimiento Penal Abreviado*– la incoación de las diligencias previas que la citada Ley contempla.

2. Un apretado análisis de la jurisprudencia de la Justicia ordinaria sobre los conflictos sustanciados en vía civil arroja el siguiente saldo:

a) La construcción jurídica de la protección de los *Dh* ha venido registrando, regularmente, una mayor incidencia de la justicia penal que de la justicia civil⁵.

(4) Véase, en este sentido, G. Quintero Olivares: "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos", en PJ, XIII, 1990.

(5) Así lo vienen denunciando trabajos sólidamente fundados en el estudio de pautas jurisprudenciales, como los precitados estudios de S.M. Machado (*op. cit.*) y L.L. Guerra (*cit.*). Cfr. también G. Quintero, *IBIDEM*, nota *supra*.

b) El ofendido puede optar por proceder por vía civil o por vía penal. Con frecuencia la excepción de competencia viene surtiendo efecto para desviar la cuestión hacia el orden de lo penal, incluso cuando se trata de injurias o de calumnias no perseguibles de oficio.

c) El carácter *público* de la personalidad y/o de las *actividades* del ofendido han sido regularmente tenidas en cuenta por el Juzgador.

d) La *doctrina de la atención a la veracidad de las informaciones* se ha afirmado poco a poco, de la mano de la lectura que de esta cualidad ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (arts. 1 y 5 L.O.P.J., así como 1.692 LEC)⁶.

e) El ejercicio de derecho a la *rectificación* viene manifestándose *como facultativo*, pero en ningún caso como apoyo para la exoneración de responsabilidades ni para el decaimiento de las posibles acciones civiles o penales del ofendido⁷.

f) Continúan pendientes de tratamiento uniforme y satisfactorio las siguientes cuestiones:

f.1. En qué medida la prensa puede ofrecer informaciones sobre asuntos que se encuentran *subiudice*⁸.

f.2. El alcance de los *Dh* de una persona que está siendo objeto de investigaciones, o que está siendo encausada en relación con el alcance de las *Lxc*.

f.3. En qué medida pueden las *personas jurídicas* accionar hipotéticos *Dh* en alegada colisión con las *Lxc*.

f.4. En qué medida juega la *exceptio veritatis* en la comunicación de *informaciones veraces* que afecten a *personalidades públicas*, así como en qué

(6) El punto de origen de este criterio jurisprudencial anida, sin embargo, en la decidida orientación dictada por el Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución, a partir de la cual el parámetro permea la totalidad del *corpus* jurisprudencial a través del cual se activa el ordenamiento. Véase, en este sentido, J.M. Arias Rguez: "Breves consideraciones respecto a las libertades de expresión e información en la doctrina del TC", en *PJ* XIII, pp. 31-37.

(7) Ver J.M. de Pablos: "Límites a la libertad de comunicación y de expresión", en *PJ* XIII, pp. 223-240.

(8) Atiéndase, sobre este punto, a E. Berlanga, E. Espín & G. Carcía-Alcalde: "Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales" (pp. 111-131), así como a las comunicaciones presentadas por M. Fdez. Areal ("La protección de la verdad en la libre comunicación de mensajes informativos", pp. 201-221) y por A. Zurita: "Oficinas de prensa en la Administración de Justicia", pp. 231-241) en *PJ* XIII, cit. *Jornadas sobre libertad de expresión y medios de comunicación*.

medida debe jugar el *animus* específico del informador en la consideración y enjuiciamiento del caso.

f.5. Cuál debe ser la correcta articulación entre las vías *civil* y *penal* de protección de los derechos al honor (*Dh*) frente a las *Lxc*.

3. *El problema de fondo* estriba en la conjugación de las *Lxc* (libertades de expresión y de información) con el *Dh*.

En nuestro ordenamiento, ambos bienes aparecen consignados en el *núcleo duro* de la Constitución en calidad de *Derechos Fundamentales*. Son, por tanto, objeto de un máximo nivel de protección, tanto a nivel judicial (arts. 53.2 y 161.1.b), como frente al legislador, que podrá “regular su ejercicio” o “desarrollo” por Ley Orgánica (81.1 CE) sin vulnerar en ningún caso su *contenido esencial* (53.1. CE)⁹.

La práctica demuestra que el ejercicio y disfrute de estos dos grupos de derechos prestan terreno propicio para la litigiosidad, a menudo presentada como “colisión de derechos”. En puridad, y de acuerdo tanto con la doctrina como con la jurisprudencia constitucional actualizada, el problema anida más en la dificultad de delimitar los respectivos ámbitos de realización *legítima* de los derechos, que en la “colisión” de los mismos¹⁰.

Para este objetivo, el material legislativo de que actualmente se dispone es claramente insuficiente.

* Las libertades de expresión y de comunicación (*Lxc*) no tienen un “desarrollo” legal específico. La teoría de sus *límites* descansa hoy por hoy en una construcción doctrinal, a partir de la presencia de unos límites constitucionalmente *explícitos* (art. 20.4 CE y 10 CE) y de otros límites constitucionalmente *implícitos*¹¹.

** Los *Dh* encuentran, en cambio, una cierta concreción en la LO 1/82. Con todo, esta Ley define las lesiones al honor de modo amplio e inmatizado.

(9) Sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en la Sección 1 del Capítulo II del Título I de la CE (verdadero núcleo duro del régimen de garantías del ordenamiento español), véase I. de Otto (contribución a L.M.-Retortillo & I. de Otto): *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1989; así como J.F. López Aguilar: “Problemas en la garantía y protección judicial de los DF y LP”, *Anuario de Derecho Público* n.2, Univ. Granada, 1990, pp. 76-140.

(10) En este mismo sentido, J.F. López Aguilar: *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, M. Just., Madrid, 1990, pp. 46-59 y 171 y ss.

(11) Así se pronuncia igualmente M. Carrillo en su *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución de 1978*, PPU, Barcelona, 1987; sobre los límites implícitos, cfr. pp. 42 y ss.

En concreto, la frecuente conexión de la defensa civil de los *Dh.* con el ejercicio de las libertades de expresión y de comunicación *pone de relieve las siguientes deficiencias de la Ley 1/82*:¹²

1. La referida Ley no contiene precisiones que ayuden a diferenciar la situación del ofensor doloso respecto del culposo o negligente, como tampoco considera la posibilidad de que la alegada vulneración de los *Dh* traiga o no causa en una información comunicada por un profesional de los medios, en el eventual ejercicio de su actividad informativa.

2. En el mismo sentido, la LO 1/82 no contribuye a distinguir la situación del demandado que alega haber ejercitado su derecho a comunicar libremente información *veraz* respecto del que no lo hace.

3. No contempla distinción entre las intromisiones ilegítimas que traigan causa en la expresión de *opiniones*, respecto de las que traen causa en la *imputación de actos o de hechos* difamatorios¹³.

4. No contempla distinción entre la imputación de hechos difamatorios que *resulten ser verdaderos* y la imputación de hechos que *resulten ser falsos*¹⁴.

5. Sólo muy tímida e imprecisamente permite diferenciar el ámbito de protección de los *Dh* de las personas que ostentan algún tipo de dimensión pública, respecto de las que no lo hacen (v. art. 8, LO 1/82)¹⁵.

6. No contempla la articulación del ejercicio del derecho de *rectificación* con respecto de las acciones civiles que puedan ser emprendidas en razón de la defensa de los derechos lesionados en idéntica ocasión¹⁶.

7. En fin, no prevé tampoco la correcta articulación del ejercicio de acciones civiles y penales con causa en los mismos hechos¹⁷.

(12) Para una primera introducción a la problemática tratada en la LO 1/82, de 5 de mayo, Vid. M. Vicenta Oliveros Lapuerta: *Estudio sobre la Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen*, Cuad. Docum., Presid. Gob, 1980.

(13) Acerca de las deficiencias de la LO 1/82 aquí reflejadas, acúdase al excelente trabajo de P. Salvador Coderch: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987.

(14) Junto al trabajo citado en nota n. 13 (P. Salvador, *supra*), posteriormente ampliado en otras investigaciones del mismo autor, conviene llamar de nuevo la atención sobre el agudo y documentado estudio de S. Muñoz Machado: *Libertad de Prensa (...)*, cit., esp. pp. 36 ss.

(15) Vid. I. Berdugo: *Honor y libertad de expresión*, Civitas, Madrid, 1987.

(16) Vid., a este respecto, T. Quadra-Salcedo: "Responsabilidad y rectificación", *REDA* n.3; C. Chinchilla Marín: "Sobre el derecho de rectificación", *PJ* n.6.

(17) Véase S.M. Machado: "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", en *PJ* n.1, 1986.

4. Se ha subrayado ya el hecho de que las alusiones que la ley hace a la *vía penal* y a su “*preferencia*” parten de un doble y manifiesto *equivoco*: *primero*, considerar que la vía penal ofrece mayor protección a quien se considere lesionado en su derecho, lo que no es siempre cierto; y *segundo*, haber aceptado que es preferible que la represión de los difamadores se actúe por la vía penal y no por la vía civil.

En cuanto a la presumible mayor protección del Derecho Penal, debe decirse que lo único que sus mecanismos aseguran es una mayor *sanción*; pero no necesariamente una mayor *reparación*. Lo que el supuestamente lesionado persigue es la rectificación o, en su caso, una indemnización de la que lucrarse personalmente –moral o económicamente–. Y esto es, sin duda, lo que garantiza la ley civil¹⁸.

La segunda afirmación –la aceptación de que se prefiere la represión de los difamadores por vía penal que por vía civil– también resulta discutible por quienes aspiran a una descriminalización de estas infracciones con los siguientes argumentos:

1º Desde el punto de vista de las concepciones jurídico-sociales actuales, no parece congruente que la sanción por lesiones al honor de las personas deba ser, *ordinariamente*, *el encarcelamiento de su autor*.

2º Desde el punto de vista constitucional, tampoco parece proporcionado que el contrapeso entre dos derechos contemplados en el Texto se salde con un correctivo tan rotundo para quien se extralimite en uno de ellos, concretamente, en el uso del derecho a la información o a la expresión. La valoración del derecho a la información en un sistema democrático permite que, si bien su uso ilegítimo deba ser contundentemente corregido, *el empleo de las vías penales se reduzca a los supuestos más graves* y se adopte, como medida ordinaria, otra menos gravosa, pues podría ocasionar una nada conveniente autorrestricción de la libertad informativa¹⁹.

(18) Cfr. M. Cobo & T.S. Vives: *Derecho Penal (Parte General)*, T-LB, Valencia, 1984, pp. 396 ss.

(19) Es expresiva, en este sentido, la extraordinaria significación que el derecho a comunicar libremente información ha adquirido en un señero orden constitucional de libertades cual es el estadounidense. Hemos de ver más adelante cómo, sobre la magra base que presta la I Enmienda (1971, la Primera de las diez introducidas a través del muy temprano expediente del llamado *Bill of Rights*), la totalidad del Derecho Constitucional norteamericano se encuentra sustancialmente afectada por esta consideración. Cfr., en este sentido, y a título introductorio, L. Tribe: “Speech as a Power”, en *Constitutional Choices*, Camb., MASS, 1985; y T. Emerson: *The System of Freedom of Speech*, NY, 1970 (esp.: “1st. Amendment Doctrine of the Burger Court”).

1.2 Problemas en la protección de los *Dh* en el ámbito penal

1. El mayor número de problemas se produce alrededor del tipo penal de *desacato*. En la abundante casuística del *desacato*, la eximente contemplada en el artículo 8.II *CP* (–actuar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho–) juega muy escasamente. Por contra, las soluciones jurisprudenciales (Sala 2ª del T.S.) atienden de modo uniforme a los siguientes factores:

a) Existencia de expresiones o de manifestaciones objetivamente injuriosas o calumniosas.

b) Ánimo específico en el agente²⁰.

c) Ofensas extensibles no sólo ya a la persona, sino a la consideración y tutela que merecen, por un lado, las autoridades públicas y, por otro, la dignidad que revisten ciertas instituciones²¹.

d) El artículo 20 CE consagra, ciertamente, las *Lxc*, pero no puede actuar como justificación de ataques extralimitados contra los pilares fundamentales del Estado.

e) Para la jurisprudencia es de hecho indiferente el que la persona autora de la crítica infamante sea o no parlamentario (cargo o autoridad), o que esa crítica se vierta en el ámbito en el que institucionalmente ejerce sus funciones, así como que se haga o no al margen de los procedimientos habituales para ello.²²

(20) La doctrina del *animus iniuriandi* (en contraposición al *animus iocandi*) se ha desarrollado en este ámbito en evidente analogía con la doctrina americana de la *actual malice*: “malicia real y efectiva, *Knowledge of its falsity, wreckless disregard of whether it is false or not*”. Sobre la misma, vid *Time Inc. vs. Hill*, 385, US 374 (1967), y, sobre todo, *Gertz vs. Welch* (1974), en la que se declara que “a la luz de la I Enmienda, no existen la “ideas falsas”. Por perniciosa que una opinión pueda parecer, su corrección sólo puede descansar en su superación por otras ideas alternativas”, pronunciamiento que ha servido como punto de partida para una trascendente distinción entre informaciones (sobre hechos) y opiniones (sobre ideas), susceptibles las primeras de contrastación empírica sobre su veracidad (v. art. 20 CE), no así, en cambio, las segundas. Doctrinalmente, cfr. J.G. Fleming: *Law of Torts*, London, 1983.

(21) La doctrina al respecto nace en la célebre decisión del TS americano *Abrams vs. US*, 250 US 616 (1919) (–Cfr. B. Beylin & J.B. Hench (Eds): *The Press and the American Revolution*, Worc., MASS 1980–), pero no adquirirá verdadero *corpus* jurisprudencial como contenido material y declarado de la Primera Enmienda a la Constitución de 1787 hasta la trascendente *NY. Times vs. Sullivan*, 376 US 254 (1964), siendo después continuada en los casos *Hill* (1967), *Rosenbloom* (1971), *Gertz* (1974), *Bradstreet* (1985) y otros. La colación de la casuística jurisprudencial estadounidense no es, ni muchísimo menos, gratuita: los principales parámetros doctrinales y hermenéuticos paralelamente vertidos en las Cortes de Justicia Constitucional europeas (–incluido el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, *TEDH*, 1978, y *Lingens* de 8 de julio de 1986, y, desde luego, el español) han venido contruidos a partir de la experiencia constitucional americana en materia de tutela judicial de libertades.

(22) Sobre el problema, E. García: *Inmunidades parlamentarias y Estado de partidos*, Tecnos, Madrid, 1989.

2. Una evaluación de la actitud de la jurisprudencia ordinaria en este campo arroja el siguiente balance:

a) Se constata la presencia de un generalizado recurso a la doctrina de la “*colisión de derechos fundamentales*”. Es cierto que los derechos y libertades recogidos en los artículos 18 y 20 CE se encuentran muy conectados por la experiencia práctica, pero se ignora a menudo que ni se trata de derechos de idéntica “potencia” activa y significación, ni –las más de las veces– entran en “colisión” que pueda ser solucionada echando mano a la doctrina (de origen estadounidense) de la “*preferred position*” de un derecho sobre otro²³.

b) La general aceptación de que las *Lxc* no son tan sólo libertades personales, sino coadyuvantes al sostenimiento de la opinión pública libre y del pluralismo democrático, *no implica necesariamente que los Dh deban ser interpretados restrictivamente*. Tampoco que puedan ser argüidos como técnica de coercimiento o de limitación del debate y de la crítica. En definitiva, en la evaluación judicial de los eventuales límites del ejercicio del derecho, juegan insustituiblemente las circunstancias concretas que deberán ser sopesadas singularmente en cada caso²⁴.

c) De acuerdo con los principios constitucionales, no cabe la presunción extensiva del *ánimo de injuriar* en la utilización de expresiones de fuerte contenido crítico²⁵.

d) Las persistentes vacilaciones en lo que se refiere a la exoneración de responsabilidades penales por difundir informaciones *veraces* (–decir lo que se reputa cierto, o difundir hechos ciertos–) demuestran que el instituto de la *exceptio veritatis* reclama inaplazablemente un nuevo tratamiento legislativo²⁶.

En el mismo orden de preocupaciones, faltan en nuestro sistema fórmulas procesales adecuadas al objeto de probar cuál haya sido la actitud del informador en relación con la exigencia constitucional de atender a la *veracidad* de lo que se comunica en el transcurso del proceso informativo.

e) El régimen específico de protección de los *Dh* de las personas revestidas de cargo o la autoridad pública aparece oscurecido por ciertas deficiencias técnicas. En particular, se aprecian las siguientes:

(23) Cfr. E. Alonso García: *La interpretación constitucional*, CEC, Madrid, 1985.

(24) Véase J.A. De vega Ruiz: “Derechos y libertades de los medios de comunicación social. Los límites de la libertad de expresión”, en *PJ XIII*, pp. 13-27.

(25) B. de la Cuadra, I. Sierra & M. Fdez: “El ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social y sus límites”, en *PJ XIII*, pp. 243 ss.

(26) Cfr. T.S. Vives Antón: *Lecciones de Derecho Penal* (Parte Especial), Valencia, 1988, Cap. XL, “Delitos contra el Honor”, pp. 639 y ss.

1.- Inexistente distinción entre las informaciones que contienen *imputación de hechos* y las que simplemente expresan *valoraciones* u *opiniones críticas*.

2.- Inexistente distinción entre injurias proferidas contra quien resulta *ostentar* cargo o autoridad, e injurias contra el *propio cargo o autoridad*, enderezadas, por tanto, al descrédito del orden democrático, y redundantes en perjuicio de los principios que lo fundan.

3.- Inexistente enumeración de bienes jurídicamente relevantes (–tales como el orden público, la seguridad interior y exterior, etc. ...–) oponibles como límite a las *Lxc*, y cualificaciones, por ende, del carácter penalmente perseguible de unas manifestaciones o expresiones injuriosas.

4.- Inexistente distinción entre hechos pertenecientes a la esfera pública y privada de los personajes públicos, en atención a la admisibilidad de la apreciación de la *exceptio veritatis* en supuestos de injurias que recaigan, precisamente, en hechos públicos.

5.- Inadmisión de la *exceptio veritatis* como causa de exención de responsabilidad criminal en delitos de desacato²⁷.

3. Al margen de estas deficiencias, pueden apuntarse otras en relación al resto de modalidades delictivas contempladas en el Código Penal:

a) Mal entendimiento del concepto de *falsa imputación* de hechos delictivos (tanto calumniosos como injuriosos). Del entendimiento de la falsedad como falsedad objetiva se deriva, necesariamente, una nada deseable autorrestricción de las *Lxc* por temor a incurrir en posibles infracciones, toda vez que nadie puede, siempre y en todo caso, garantizar la verdad de sus afirmaciones.

b) Como consecuencia, la apreciación de la *exceptio veritatis* como causa eximente de la responsabilidad es también realizada incorrectamente.

c) La eximente 8-11º, referida al ejercicio legítimo de un derecho u oficio, tampoco juega su papel adecuado debido a la *deficiente construcción jurídica de la protección de los derechos e intereses que concurren en cada caso concreto* (especialmente en la distinción entre lo que incide en la esfera de lo público o lo privado, lo que se refiere a opiniones o a informaciones, o el tipo de lenguaje empleado)²⁸.

(27) Cfr. T.S. Vives: Lecciones (...), cit. nota 26 supra: pp. 655 y ss.

(28) Ver, en este sentido: I. Berdugo, *op. cit.*

1.3 Posibles criterios de solución a los problemas analizados

a) Procesales.

Los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales vertidos sobre las relaciones constitucionales entre los *Dh* y las *Lxc*, –especialmente por su incidencia en la configuración de las acciones civiles y penales por difamación–, permiten al legislador incorporar a la Ley positiva una serie de previsiones que podrían contribuir, de un lado, a hacer menos intensa la deriva litigiosa, y, por otro, al mejor tratamiento de los litigios que se produzcan, a través de los siguientes expedientes:

1. Investigar la posibilidad de perfeccionar el actual *status quo* jurídico de las libertades de expresión y de comunicación en el conjunto del sistema, sea tanteando la posibilidad de delinear los patrones del ejercicio legítimo de tales libertades (–considerando incluso algunos problemas anejos: códigos deontológicos; Consejos de Prensa y de libertad de comunicación en los Medios; cláusula de conciencia; secreto profesional; protección contra el abuso de los bancos de datos en relación con los *Dh*–), sea incorporando a la Ley una definición de la información *veraz* (qué deba entenderse por tal), así como precisiones relativas al tipo de *medio utilizado*, y a la condición (o no) de *profesional* de esos medios del presunto autor de una intromisión ilegítima en los *Dh*²⁹.

2. Asegurar la imposibilidad de que se produzcan los injustificados reenvíos de jurisdicción que han sido hasta ahora frecuentes, especificando las reglas de conducción procesal de las acciones que traen causa en alegadas lesiones al honor.

3. Bien entendido que la dualidad de cauces procesales –civil y penal– no es inconstitucional –siendo antes bien recomendable– conforme a los principios del ordenamiento jurídico debe, no obstante, potenciarse la *vía civil* como cauce idóneo de defensa de los *Dh* frente a las intromisiones ilegítimas, reservándose, por su parte, la exclusividad de la *vía penal* sola y exclusivamente para las trasgresiones más intolerables de la dignidad institucional predicable de quienes ostentan cargo o autoridad pública.

4. Reformular el tratamiento procesal de los litigios civiles, sea a través de un nuevo proceso especial (de cognición o verbal con especiales garantías), sea

(29) Ver, sobre los problemas referidos, J.A. Alberto Belloch: “Los jueces y la libertad de información” (pp. 235-261) y X. Vidal Foch: “Jueces, Leyes y Periodistas” (pp. 263-271), en *PJ* XI, 1988. Para una perspectiva comparada, cfr. K. Morgan: “The role of the Press Council”, y G. Cousteaux & P. López-Termes: “Le droit a l'information et le proces penal en droit français”, *IBIDEM*, pp. 217 y ss. y 151 ss., respectivamente.

a través de su remisión al nuevo proceso abreviado a regular por las nuevas leyes de enjuiciamiento, con o sin remisión a un futuro cumplimiento del mandato del art. 53.2 CE³⁰.

b) Sustantivos civiles.

1. Incorporación a la legislación de los criterios uniforme y reiteradamente utilizados por el TC para hacer frente a los casos de alegada colisión de los *Dh* y las libertades de expresión y de información, cuales son:

a) El ejercicio legítimo de las *Lxc* encuentra su límite en el empleo de expresiones *injuriosas*, *innecesarias* y *carentes de relación* con el asunto de interés público de que se trate³¹.

b) Las distinción entre enunciados veraces o enunciados carentes de *verificabilidad* para la apreciación de los hechos como delictivos en cuanto se refiere a imputaciones de hechos calumniosos o injuriosos.

c) En cuanto al entendimiento de la veracidad, debe apuntarse dos ideas:

1ª En todos aquellos casos de informaciones vertidas obre asuntos de interés público, basta con que se demuestre que el informador se ha conducido con la diligencia debida, conforme a los mínimos cánones de profesionalidad exigibles, así como que no ha divulgado noticias falsas o inexactas con dolo o negligencia grave (“veracidad *subjetiva*”)³².

2ª En todos aquellos casos de informaciones vertidas sobre asuntos privados, o cualesquiera aspectos carentes de interés público, deberá prevalecer la protección de los *Dh* haciéndose irrelevante la alegada veracidad de las intervenciones en tanto resultaren objetivamente atentatorios contra los referidos *Dh*.

d) Irrelevancia de dicha verificabilidad en lo referente a los juicios de valor, (conformidad a la línea de la sentencia *Lingens*, de 8 de julio de 1986, del *TEDH*), siempre en el bien entendido de que el ámbito de protección de las

(30) Sobre el incumplido mandato del art. 53.2 CE, ver J.F. López Aguilar, “*Derechos Fundamentales (...)*”, cit., pp. 128 ss: “Lagunas y deficiencias”.

(31) SSTC 20/90 y 105/90 (en esta última, de 6 de junio, atiéndase especialmente a su FJ. 4).

(32) La doctrina es la misma que jurisprudencialmente se desprende de los casos *Skokie* (1977) y *Cox Broadcasting Corp. vs Cohn* (1975). Cfr., S. Muñoz Machado: *Libertad de Prensa (...)*, cit., pp. 145 ss. Ver también, desde la perspectiva de la teoría constitucional norteamericana, L. Tribe: *American Constitutional Law*, N.Y. 1978, pp. 576 ss; y L.C. Bollinger: *The Tolerant Society (Freedom of Speech in America)*, N.Y., 1986, pp. 49 ss.

Lxc no alcanza a las imprecaciones desproporcionadas e injustificadas en las opiniones sobre asuntos de interés privado, aunque ampliarse en el ámbito de la disputa política y en las opiniones e informaciones de los personajes públicos.

e) Oponibilidad al ejercicio de las *Lxc* de la protección de otros bienes jurídicamente relevantes (tales como el orden público, la seguridad interior y exterior, etc.)³³.

2. Introducción, asimismo, de un abanico de criterios a utilizar por el juez en orden a valorar el mayor o menor perjuicio causado por una intromisión ilegítima de las que contempla la Ley, dado que este perjuicio suscitará en el ofendido una expectativa legítima de reparación moral y económica.

c) Sustantivos penales.

1) El art. 4º.4 de la Ley 62/78 mantiene expresamente la consideración de delitos públicos para los *desacatos*, insultos e injurias contra Autoridades, corporaciones o clases determinadas del Estado, mientras que el apartado 1º introduce una modificación en las injurias y calumnias contra particulares que los convierte, en adelante, en *delitos semipúblicos*, al no precisar querella con previo acto de conciliación, sino *sólo denuncia* del agraviado cuando se trate de “delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, tv, cinematógrafo u otros de análogo efecto”. La admisibilidad de la denuncia implica, consiguientemente, *la intervención del Ministerio Fiscal*.

La consideración como delitos semipúblicos de los desacatos impropios tendría un efecto altamente beneficioso para la eficacia en la persecución de estos delitos; y, por otra parte, su equiparación a este régimen permitiría el uso alternativo y preferente de la acción civil, puesto que no cabría el reenvío entre jurisdicciones tal y como desafortunadamente se produce ahora: si son perseguibles de oficio, los jueces civiles se inhiben casi-automáticamente.

2. Limitar la consideración de delitos públicos para los desacatos propios, es decir, los cometidos en presencia o mediante escrito dirigido a Autoridades o Ministros en sus cargos. Los llamados desacatos impropios deben ser reconducidos a modalidades agravadas de calumnias o injurias, es decir, delitos semipúblicos, pues es claro que el único bien jurídico lesionado o puesto en peligro es el honor de su titular, no así, en absoluto, la dignidad de la función pública o el orden público.

(33) En este mismo sentido, E. Alonso García: *La interpretación constitucional*, cit.; J.F. López Aguilar: *Derechos Fundamentales y Libertad Negocial*, cit., esp. II.2 “El límite de los límites. Los operadores del límite”, pp. 72 ss.

3. Las penas privativas de libertad en injurias y calumnias deben ser sustituidas por multas, y si son cometidas por profesionales de la información deben aplicarse inhabilitaciones (más determinadas que las que se proponen en la PANCP/90: 6 meses a 4 años).

4. La definición de las calumnias debe ser perfeccionada mediante una precisión de lo que se entiende por "*falsa imputación de un delito*": no lo es la falsedad objetiva sino la *falsedad subjetiva (actual malice)*, esto es, el conocimiento de la falsedad de los hechos que se afirman o, aun sin tener conciencia de ello, la absoluta indiferencia acerca de su verdad o falsedad manifestada por la falta de diligencia en la investigación.

5. Asimismo, debe establecerse un sistema de *exceptio veritatis* acorde con su naturaleza de *exclusión de punibilidad*, lo que permite sea admitida en todos los casos de calumnias y desacatos. En cuanto a las injurias, sólo debe admitirse esta prueba de verdad en relación a hechos públicos cometidos por personas públicas, pero no en cuanto a hechos privados tanto de personas públicas como de personas privadas.

6. El *doble perjuicio* que se causa al ofendido de estos delitos mediante las continuas apariciones en prensa de los hechos denunciados, podría ser solventado mediante la previsible introducción en PANCP/90 del delito conocido en Derecho anglosajón como "*Contempt of Court*"; es decir, toda intromisión en los procedimientos "*subiudice*" tendentes a perjudicar o influir negativamente a las partes del mismo, testigos, peritos, fiscal o jueces a través de manifestaciones directas o mediante publicaciones, etc ...³⁴.

7. Otro cauce accesorio de reparación en la vía penal consiste, sin duda, en la adopción de medidas que puedan garantizar suficientemente los mecanismos de *retractación de errores en los supuestos de falsedad dolosa*³⁵.

(34) Sobre el instituto anglosajón del *Contempt of Court* (menosprecio o desacato al tribunal), puede consultarse Bowie & Lowe: *Law of Contempt*, Londres, 1983; Lord Denning: *The Due Process of Law*, Londres, 1980; J.C. Fox: *The History of Contempt of Court* (1927), Londres, 1981, Reimp; T.C. Leonard: *The Power of the Press*, NY, 1986. En la práctica, un caso de extraordinario interés a este preciso respecto puede ser localizado en Maryland vs. Baltimore Radio S. Inc., 338 Us 1912 (1950) y en Sheppard vs. Maxwell 384 Us 333 (1966). Por su parte, la Cox B.C. vs. Cohn 420 US 469 (1975) declarará que "las Enmiendas I y XIV proscriben la imposición de sanciones por la publicación de informaciones verdaderas y que constan en Registros susceptibles de consulta pública". Para una introducción a la aplicabilidad de la teoría en España, cfr. L.M. Díez-Picazo: "Parlamento, Proceso y Opinión pública", REDOC n. 18, 1986.

(35) Cfr. T. Quadra-Salcedo, *op.cit.*; C. Chinchilla, *cit.* Sobre las consecuencias prácticas del ejercicio de los derechos de retractación/rectificación (—conjurados los *punitive damages*, puramente represivos, resta la cuantificación de los *compensatory damages* susceptibles de satisfacción—), no ha dejado de abogarse en favor de un más completo tratamiento comparado del "retraction statute" como punto de partida para una composición extrajudicial del litigio y resolución económico-civil de los perjuicios estimados.

La PANCP del 90 ofrece en ese punto una vía de solución, al ofrecer al condenado la *posibilidad de retractación inmediata ante el Juez*, reconociendo la falsedad de los hechos imputados. Del testimonio de retractación se da traslado al *ofendido*, quien *podrá solicitar su publicación* en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria. La consecuencia de esta *retractación* para el condenado supone la rebaja de la pena en un grado –y, presumiblemente, el perdón del ofendido, es decir, la extinción de la pena–; si es un profesional de los medios de difusión implica, además, la no aplicación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión. Ello, verosímilmente, contribuiría a redundar en el hipotético éxito de la medida anunciada, toda vez que la retractación, pública y ante el juez, fortalecería el interés legítimo del profesional en evitar la citada sanción inhabilitadora³⁶.

II. LOS TRES FRENTES DE TRABAJO ABIERTOS AL LEGISLADOR

1º Modificación de la LO 1/82, de 5 de mayo, de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Dh)*, para:

a) Potenciar la vía civil de protección al honor, manteniendo los preceptos penales como *última ratio*.

b) Evitar dilaciones procesales o reenvíos entre órganos jurisdiccionales.

2º. Modificación del Código Penal a los efectos de:

a) Eliminar la penas privativas de libertad en los delitos de injurias y calumnias y sustituirlas por penas pecuniarias y penas de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, en los casos que proceda.

b) Mantener, hasta tanto no sea posible una revisión completa del Código, la actual tipificación de los delitos de desacato y sus correspondientes penas (tanto privativas de libertad como pecuniarias), introduciendo la pena de inhabilitación antes mencionada.

3º. Modificar aquellas otras disposiciones que, en orden a la protección efectiva del honor, garanticen los mecanismos más eficaces de rectificación de

(36) Sobre la posición del profesional de los medios de comunicación ante los diferentes frentes y problemas planteados, cfr. T.C. Leonard, cit.; E. Gómez-Reino: "El secreto profesional de los periodistas", en *RAP* n. 100-102, Vol. I., pp. 617 ss.

errores y restablecimiento de la verdad frente a los supuestos de falsedad dolosa.

Antes de abordar la exposición de los problemas destacables en cada uno de estos frentes, debe anticiparse ahora una cuestión de *método*: a la vista del tenor de la *Proposición* aprobada, deben ser distinguidos dos órdenes de preocupaciones técnico-metodológicas:

a) La consideración de las cuestiones de carácter *sustantivo* que deberán ser resueltas por las medidas legislativas a adoptar.

b) La introducción de nuevos *procedimientos* para la tutela judicial de los derechos en cada uno de los diferentes planos en los que resulte posible obtener reparaciones.

1.1 Criterios sustantivos generales

a) En el ámbito civil.

En reiteradas ocasiones, el Gobierno se ha pronunciado partidario de la supervivencia de dos vías para la protección de estos grupos de derechos –*Dh* y *Lcx*–, siempre que se perfeccione un nuevo régimen jurídico por el cual la vía civil aparezca como el cauce idóneo para la reparación de las ofensas al honor, y se reserve el estrépito de los resortes penales para los casos en que el atentado contra los bienes jurídicos en cuestión alcance entidad delictiva intolerable (falsa imputación de delitos o de hechos que desmerezcan gravemente la imagen de las personas públicas o privadas en su consideración social)³⁷.

Quedan abiertas tres vías de reparación para las alegadas lesiones a los *Dh*:

1) La *vía civil*: se actúa en consideración a un ilícito civil (*intromisión ilegítima*), a sustanciar por la vía de la rectificación y, cumulativamente, por vía de reparaciones.

2) La *vía penal*: en los casos de delitos de *injurias* y *calumnias*, ejercitable a través de acción particular y de querrela sin previa celebración del acto de conciliación y con participación del Ministerio Fiscal, lo que los equipara a efectos de perseguibilidad a los delitos semipúblicos.

(37) Ver, en este sentido, S.D. Warren & L.d. Brandeis: "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. IV., 1890, pp. 193-290; F. Morales Prats: *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*, cit. C. Rogel Vide: *Bienes de la Personalidad DE y LP*, Pub. Col. Esp., Bolonia, 1985.

3) La *vía penal*: en los casos de delitos de desacato (calumnias, injurias, insultos o amenazas a Ministros, Autoridades o funcionarios en ciertos casos), perseguibles de oficio.

Las tres vías son, en principio, compatibles entre sí. Se trata de proveer de un régimen sistemático y armónico para su articulación en la práctica con toda eficacia.

b) En el ámbito penal.

De cara a la posible modificación de los preceptos penales concernidos, habría que afrontar las siguientes tareas:

b.1) Localizar todos los tipos penales definitivos de delitos o faltas cometibles con ocasión del ejercicio de la libre expresión o de la libre comunicación (*Lxc*), –por la utilización de la palabra, del sonido o de la imagen, y a través de cualquier medio–, estableciendo la diferenciación de aquellos supuestos en los que, de acuerdo con los patrones de Derecho comparado y con los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*, deba continuar contemplándose algún tipo de pena privativa de libertad, y aquéllos en los que convenga la exclusiva previsión de una sanción pecuniaria y de inhabilitación.

b.2) Establecer un catálogo de *sanciones pecuniarias* acorde con el principio de *proporcionalidad*, congruente con el sistema general de las mismas en nuestro Derecho Penal (con especial atención a las innovaciones de la PANCP 90), pero capaz, a su vez, de disuadir frente al recurso (actualmente muy frecuente entre los demandados por este tipo de acciones) de preferir la vía penal a la vía civil³⁸.

c) En el ámbito de la legislación complementaria.

Existe un general consenso en que la previsión (complementaria, a estos efectos) del derecho a la rectificación, tal y como está regulada hoy en la Ley

(38) Como se sabe, la *PANP 90* (Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1990) se encuentra en estos momentos en fase de elaboración, residenciado todavía en la Sección especial formada al efecto en el seno del Ministerio de Justicia, habiéndose trasladado un primer *Borrador* a los diversos colectivos jurídicos interesados (Colegios de Abogados y Asociaciones de Jueces, Magistrados y Fiscales), y esperándose la finalización de su tramitación parlamentaria y consiguiente promulgación dentro de la corriente Legislatura IV (1989-1993).

Orgánica 2/84, de 26 de marzo, no merece revisión. Tanto en lo que se refiere a la regulación formal del ejercicio de este derecho, cuanto en lo que se refiere a la modalidad procesal que se contempla en caso de resistencia a facilitar el derecho por parte de cualquier medio (juicio verbal, muy ágil, breve y conciso), como en lo que se refiere al satisfactorio balance de su práctica hasta hoy, la Ley Orgánica 2/84 ha demostrado ser suficiente y adecuada.

Sí cabe, en cambio plantearse regular la articulación de la rectificación, por parte del medio de que se trate, para que sea considerada por el juez a la hora de determinar la responsabilidad civil y de cuantificar la indemnización.

2.2 Criterios sustantivos a considerar desde la perspectiva constitucional

Si el legislador desea analizar los distintos campos en que dispone de un margen de maniobra para perfeccionar el régimen jurídico aplicable a los alegados conflictos de *Dh* y *Lxc*, debe contar con los siguientes elementos:

a) Las *Lxc* forman parte del elenco de *DF* y *LP* más reforzado en la CE y en la generalidad de las Constituciones democráticas. No obstante, no son derechos ilimitados. Todos los *DF* y *LP* encuentran delimitaciones constitucionales impuestas (en nuestro caso: arts. 10 y 20.4 CE, y, por conexión, arts. 18 CE y 8, 9 y 10 CEDH, 12, 17 y 29 DUDH y 19 PP 66), e implícitamente inferibles de su cohesión con otros bienes e intereses constitucionalizados en diferentes niveles de garantía (—en especial, arts. 10 y 20.4 CE)³⁹.

b) Las *Lxc* se ejercen en el marco de las leyes, que no pueden lesionar su “contenido esencial”. Entre estas leyes es preciso tener en cuenta las civiles (arts. 1.092 y 1.902 CC), penales (tipos varios contra el honor: calumnias, injurias y desacatos) y laborales (principio de *buena fe contractual* como limitación a la libertad de expresión, sn. STC 67/82)⁴⁰.

c) Las *Lxc* ocupan un lugar especialmente cualificado en el sistema general de *DF* y *LP*, toda vez que constituyen asiento para el *pluralismo* y para la formación de la *opinión pública libre*, bienes éstos sin los que no resulta posible el régimen democrático⁴¹.

(39) Vid. J.F. López Aguilar, *Derechos Fundamentales*, cit., *passim*.

(40) Sobre el particular, ver I. de Otto, *cit.*

(41) Así viene proclamándose inintermitentemente desde la que llamaríamos “primera generación de Justicia Constitucional” sobre el respecto, a partir de las construcciones doctrinal-jurisprudenciales del TS americano. Véase, en tal sentido, L.W. Levy: “Liberty and the First Amendment”, *Constitutional Opinions*, NY, 1986. pp. 72 ss.

d) Esta *dimensión institucional* adquiere una fuerza especial en relación con los asuntos *públicos* que concitan un interés *objetivo* para la opinión pública, incluso cuando conciernen determinados aspectos de las acciones y conductas de las personalidades *públicas* que, en cualquier otro ciudadano, podrían ser considerados como ámbitos de la personalidad expresa o implícitamente sustraídos a cualquier tipo de injerencia⁴².

e) Resulta, pues, determinante, para la valoración como ilegítimas de las alegadas “intrusiones” en los Dh, la consideración simultánea de tres elementos del caso: 1) el *carácter público del asunto* y de los sujetos concernidos; 2) el *medio normalizado e institucional* para el ejercicio de las *Lxc* que haya podido dar lugar a acciones de reparación por una lesión al honor; 3) *el tipo de alegación ejercitada por las partes*, en relación con qué específicos derechos y bienes dignos de tutela⁴³.

Dentro de estas coordenadas, una reciente sentencia del TC (STC 105/90, de 6 de junio) viene a sintetizar, en su nivel más actual, los desarrollos jurisprudenciales más adecuados al tipo de enjuiciamiento que se expone:

a) El TC ha establecido una diferencia de trato jurisprudencial en la amplitud del ejercicio de los distintos derechos reconocidos en el art. 20 CE, según se trate de *libertad de expresión* (en el sentido de *emitir valoraciones u opiniones*), y *libertad de información* (en el sentido de *comunicar libremente hechos verificables*).

* a.1 La formulación de creencias u opiniones personales encuentra su único límite en la ausencia de expresiones absoluta e indudablemente injuriosas, carentes de relación con las ideas u opiniones que se expongan, además de innecesarias para la exposición de las mismas.

* a.2 La información sobre hechos que se pretenden ciertos se encuentra, en cambio, sujeta a la constitucionalizada cualidad de la *veracidad*, requisito que, obviamente, no puede exigirse por igual a evaluaciones *subjetivas* y a informaciones *objetivas*.

(42) Este posicionamiento constitucional, desprendido con nitidez meridiana en la STC 105/90, encuentra claros fundamentos en la doctrina cuajada en *Gannet Co vs. De Pasquale*, 99 US 2.898 (1979), o en *Richmond NewsP. Inc. vs. Virginia*, 448 Us 555 (1980).

(43) Compruébese, nuevamente, la relevante STC 105/90 y la jurisprudencia del TC allí citada; en la doctrina americana, acúdase a *Nebraska Press Association. vs Stuart* 427 US 539 (1976), o bien a *Oklahoma Press vs. Stuart* 430 US 308 (1977). También, por su parte, el TEDH ha hecho suyo este importante precipitado doctrinal a través de la SSTEDH *Sunday Times* (27 octubre 1978) y *Lingens* (8 de julio de 1986), sobre la base que presta el art. 10.2 del Convenio de Roma para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Desde un punto de vista teórico-filosófico, cfr. A. Pérez Luño: *Derechos humanos y Estado de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

b) El Tribunal Constitucional ha destacado que la protección de los derechos del art. 20 CE opera con mayor eficacia cuando las *Lxc* se ejercen sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, en asuntos cuyo interés público objetivo resulte reconocible, y como garantía del pluralismo democrático.

Correlativamente, esta eficacia se reduce si las *Lxc* se ejercen sobre personalidades no *públicas*, o sobre aspectos relativos a la intimidad privada de las *personalidades públicas*, carentes dichos aspectos de un interés público reconocido.

c) La protección de las *Lxc* alcanza un máximo nivel cuando vienen ejercitadas por los *profesionales* de la información a través de *medios de comunicación institucionalizados*, habiéndose prestado una atención suficiente a la exigencia constitucional de la *veracidad* de la información que se vierte.

d) La exigencia de la veracidad queda satisfecha cuando el informador ha actuado con la diligencia exigible en conformidad con los cánones de la profesionalidad informativa. La información errónea o no probada no necesariamente da lugar a responsabilidad, siempre que el informador actúe diligentemente, sin negligencia culposa y sin *animus difamandi o iniuriandi*⁴⁴.

A partir de estos criterios es posible reformar los aspectos sustantivos de la Legislación de protección civil de los *Dh*, en el sentido de prestar un más completo y avanzado suelo delimitador de su eficacia en relación con las variables contempladas:

a) Diferenciación de las distintas situaciones subjetivas contempladas (personalidades privadas/personalidades públicas; personalidades públicas en asuntos de interés público/personalidades públicas que alegan haber sufrido intromisión ilegítima en sus *Dh*).

b) Diferenciación de las distintas situaciones *objetivas* contempladas, (informaciones veraces/informaciones *no veraces*; a través de medio idóneo/ a través de medio no *idóneo*).

Estas innovaciones deben repercutir en la actividad enjuiciadora que corresponde a los jueces ante las alegadas vulneraciones de los *Dh* del art. 18 CE, especialmente en relación con el alegado ejercicio de las *Lxc* del art. 20 CE ⁴⁵.

(44) Sobre el vertido doctrinal aquí sintetizado, cfr. L. L. Guerra, *cit.*

(45) En este sentido, véase el excelente trabajo de M.A. Aparicio: "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional", *RCEC* 3, 1989, pp. 35-53. Ver también J.F. López Aguilar: "Problemas en la garantía (...)", *cit.* pp 76 ss.

Nos resta ahora atender los problemas procesales en las tres vías contempladas, así como la previsión de una articulación adecuada entre las mismas.

2.3 La cuestión procesal

Los problemas atinentes en la dimensión *procesal* de la protección de los Dh en su relación con las *Lxc*, se relacionan como sigue:

1. Problemas relativos a la coordinación de las vías civiles y penales.
2. Problemas relativos a la selección de *procedimientos* en cada una de estas vías.
 - a) La coordinación de las *vías civiles y penales* en los procedimientos de protección de los Dh. (A desarrollar).
 - b) La selección de los *procedimientos*:

Criterio constitucional general: Art. 120 CE (*principios de oralidad y de publicidad*).

2.a) Alternativas actualmente disponibles:

1) Remisión a los procedimientos contemplados en la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de *Protección Jurisdiccional de los DF de la Persona*, actualmente utilizada como expediente funcional equivalente al cumplimiento del mandato de regulación legislativa del “amparo judicial” por medio de un procedimiento “*preferente y sumario*” (art. 53.2 CE).

2) Remisión a alguno de los procedimientos especialmente concisos de entre cuantos se contemplan en la legalidad vigente (con o sin introducir modificaciones *especiales* en lo que hace a los plazos de sustanciación de trámites):

- a) Juicio Verbal (utilizado por la Ley Orgánica 2/84, de 26 de marzo, de *rectificación*).
- b) Juicio de Cognición (*LEC*).
- c) Juicio de Incidentes (*LEC* y Ley 62/78).

2.b) *Alternativas pensables:*

1) Dar cumplimiento al mandato del art. 53.2 CE, regulando nuevos procedimientos de gran brevedad y provistos de absoluta preferencia en los diferentes órdenes jurisdiccionales.

2) Remisión de estos litigios a los *procedimientos abreviados a contemplar en el marco* de la Reforma Procesal, introduciendo provisiones especiales en lo que se refiere a su absoluta *preferencia*.

3) Regular ex novo unos *procedimientos especiales*, breves y preferentes, para la tramitación de este tipo de procesos.

*** En todo caso, es nota común a las distintas opciones de que se dispone la de garantizar la cualidad de *preferencia* procesal. Esto podría conseguirse por medio de las siguientes técnicas:

1) Fijar los términos de relación de la adjetivación de “preferencia” (respecto de qué otros procesos se predica la preferencia), con eventual deducción de responsabilidad disciplinaria por su eventual inobservancia.

2) Instituir un *libro de Registro especial* por este tipo de procesos.

3) Prever asimismo mandato de escrupulosa observancia de los plazos procedimentales señalados por la Ley, así como deducción de sanción disciplinaria por sus incumplimientos: la rapidez en la tramitación de estos procesos debe su fruto tanto de su preferencia como de la eficaz observancia y cumplimiento de los plazos.

III. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

En atención al análisis que ha sido desarrollado, podemos intentar ahora ofrecer la proposición de unas *CONCLUSIONES* básicas, a modo de materiales para el acometimiento de una labor de redacción de ulteriores e hipotéticas propuestas legislativas que se demostraren acordes con los *OBJETIVOS* fijados:

a) Asegurar la preferencia de un *procedimiento civil rápido y diligente*, conducente a la obtención de prontas indemnizaciones.

b) Asegurar la vigencia del *principio de subsidiariedad*, de forma que, en concordancia con los principios vertebradores de la más actualizada ciencia

jurídico-penal, sólo excepcionalmente entre a jugar el Derecho Penal objetivo y procesal en lo que hace a la defensa de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (*Dh*),

CONCLUSIONES

1ª) Cumple al legislador *proceder a la eliminación de las penas privativas de libertad previstas para los delitos y faltas de injurias y calumnias*, así como *proceder a su sustitución por penas pecuniarias y por penas accesorias de inhabilitación* para ejercer la profesión periodística, cuando proceda. Ello se efectuará con las excepciones absolutamente puntuales en relación con los delitos contemplados en el Capítulo VIII del Título II del Libro II del *CP*. En relación a estos últimos delitos procede, no obstante —en una fase ulterior del proceso de debate para la revisión de la normativa completa del *CP*— emprender una completa transformación en orden a la eliminación de aquellos tipos llamados “impropios” que no constituyen desacato sino tipos agravados de injurias o calumnias en atención a la especial consideración que merece el sujeto pasivo (funcionario, ministro o autoridad).

2ª) El legislador debería *proceder a establecer formalmente la autonomía y preferencia de la vía jurisdiccional civil* como cauce idóneo de reparación en todos aquellos casos de alegada lesión contra los *Dh*; ello no impide que en la medida en que los hechos revistan apariencia de delito, se pueda incoar procedimiento ante la jurisdicción penal (de oficio o a instancia de parte) con el consiguiente efecto de paralización del pleito civil.

3ª) En la modificación de las leyes Orgánica de *Protección Civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, y del *Código Penal*, el legislador debería *proceder a la fijación de un sistema de fuertes indemnizaciones económicas para el caso de resultar declarado responsable de una efectiva vulneración de esos derechos*.

4ª) El legislador *debería fijar los mecanismos de determinación de la responsabilidad sucesiva, inmediata y directa de las empresas propietarias de los medios de comunicación* a través de los cuales vinieren producidas las referidas lesiones a los *Dh*.

5ª) Se debería asegurar la *máxima celeridad en la tramitación de estos procesos en los órdenes jurisdiccionales civil y penal*, partiéndose, en lo civil, del procedimiento hoy contemplado para los *Juicios Verbales* (Libro II, Título II, Cap. IV, LEC), y, en lo penal, del *procedimiento penal abreviado* regulado

por la LO 7/88, de 28 de diciembre, eliminando si fuera necesario aquellas disposiciones que puedan producir dilaciones innecesarias.

6ª) Se debería proceder a eliminar, en la redacción de las Leyes Orgánica 1/82, Orgánica 2/84, reguladora del derecho de rectificación, 62/78, de *PJDFP*, y de *Enjuiciamiento Criminal*, cualquier cláusula o disposición que pudiera resultar equívoca respecto a la articulación de los nuevos procedimientos o bien reavivar la tendencia a la producción de reenvíos entre los distintos órdenes jurisdiccionales, así como en cuanto a la eventual reserva de acciones en los respectivos órdenes civil y penal⁴⁶.

* * *

Creemos, en fin, que si se actúa en la dirección y sentido aquí propuestos, muchos de los actuales índices de conflicto y de litigiosidad suscitados a propósito de la aparente “colisión” de tan destacados *DF* y *LP* como, sin duda, son los que han inspirado las cuestiones abordadas a lo largo de este estudio, caminarían por senderos menos confrontacionales y mucho más consonantes con el espíritu y la lógica del Estado de Derecho y la democracia avanzada que estamos consolidando. Al mismo tiempo, y con certeza, ello coadyuvaría a la cristalización de un corpus jurisprudencial no solamente auspiciado por el intérprete supremo y cualificado de la Constitución española –vale decir, el *TC*–, sino, lo que es más importante, por la totalidad de los órganos jurisdiccionales inscritos en el Poder Judicial que la *Lex Leguum* instituye como indiscutible garante de su eficacia cotidiana y de su virtualidad.

(46) Ver J. García Morillo: *El amparo judicial de los DF*, MJust., Madrid, 1985.