

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN

Departamento de Derecho Constitucional



**PROTECCIÓN DE LA NOTICIA EN EL NUEVO CÓDIGO
PENAL ESPAÑOL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

María Milagrosa Rodríguez Abancéns

Bajo la dirección del doctor

José María Desantes Guanter

Madrid, 2002

ISBN: 84-669-2218-0

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**PROTECCIÓN DE LA NOTICIA
EN EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL**

Doctoranda: M. Milagrosa Rodríguez Abancéns

Director : Dr. José M^a Desantes Guanter

Madrid, 2002

I N D I C E

INTRODUCCION	7
1.- Justificación del tema	8
2.- La información en el CP. Fundamentación	10
3.- Vinculación constitucional	12
4.- Metodología y estructura del trabajo	15
PARTE PRIMERA: EL DERECHO A LA NOTICIA	18
I.- EL DERECHO A ESTAR BIEN INFORMADO	19
1.- El derecho a conocer la realidad	19
2.- Investigar, difundir, recibir información	21
2.1.- Acceso a la información. Una aplicación concreta	22
2.2.- La facultad de recibir información	24
II.- LA NOTICIA	26
1.- Estructura y elementos constitutivos de la Noticia	26
1.1.- La esencia de la noticia: la verdad lógica	27
1.2.- Apoyos personales de la verdad: veracidad y objetividad	29
. Ausencia de integrantes subjetivos.....	30
. Conocer a fondo	33
. Para servir al bien común	34

1.3.- Actualidad y novedad	35
. Actualidad interesante.....	38
. Novedad trascendente	38
1.4.- Error invencible y error negligente	40
2.- La corrupción de la Noticia: Alteraciones de la verdad	42
2.1.- La falsedad, violación del derecho a la información	42
2.2.- El silencio, negación de la noticia	44
2.3.- La mentira, desinformación máxima	45
2.4.- La verosimilitud, el sensacionalismo, el rumor	46
3.-Excepciones del derecho a la información	48
3.1.- La veracidad	50
3.2.- El interés público de la información	51
3.3.- Los derechos personalísimos. La dignidad humana	53

PARTE SEGUNDA: NOTICIA Y CODIGO PENAL 67

I.-NOTICIA Y DELITO : DELITOS COMETIDOS A TRAVES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION 68

1.- La importancia de la actividad informativa	69
2.- No todo lo que ocurre debe difundirse	71
3.- Regulación en el CP de 1995.	72
3.1.- Los autores	76
3.2.- En favor de la libertad de información	77
3.3.- La responsabilidad en cascada	80
3.4.- El director del medio debe responder	85
3.5.- Sin imprudencia	91

3.6.- El periodista debe rectificar	93
3.7.- ¿Quién domina el hecho de la publicación de la noticia?	
Autor del texto y autor de la difusión	97
II.- NOTICIA Y PROTECCION	107
1.- Protección del Código Penal a la noticia verdadera. La calumnia , versión penal de la exigencia de veracidad	108
1.1.- El interés público en conocer la verdad	110
1.2.- El art. 205 CP . La calumnia como falsa comunicación	112
. La concreción	114
. Debe referirse a un delito	117
. Discusión de la oportunidad.....	119
1.2.1.- El <i>conocimiento de la falsedad</i>	123
a) La mentira voluntaria	124
b) Falsedad objetiva y subjetiva	125
c) Veracidad y diligencia	129
d) Rectificar el error	135
e) La trascendencia pública. El interés público	136
1.2.2.- El <i>temerario desprecio hacia la verdad</i>	140
1.2.3.- El elemento subjetivo. El dolo. El <i>animus difamandi</i>	143
. Otros móviles	147
1.2.4.- Sujeto pasivo. Personas jurídicas. Personas públicas. Personas fallecidas.....	151
1.3.- Publicidad y culpa (art. 206 CP). Publicidad y periodismo	163
1.4.- La <i>exceptio veritatis</i> (art. 207 CP). La dificultad de probar la verdad	173
. Fuentes concretas	176
. De la diligencia al error	178

. Relevancia y proporcionalidad	185
2.- Protección del CP a la noticia en cuanto a su actualidad	202
2.1.- Injurias impropias que consisten en la comunicación de hechos (art.208)	202
2.1.1.-Hechos y juicios	204
2.1.2.-Concepto de injuria: La injuria es un mensaje de opinión	204
2.1.3.- El bien lesionado.La dignidad no es cuestión de fama	208
. El honor plurivalente	209
2.1.4.- La ausencia de difamación	214
2.2.- La gravedad, un concepto indeterminado	221
2.3.- Analogía con la calumnia	227
2.4.- Injurias e información	230
2.4.1.- El riesgo inevitable- el riesgo permitido	231
2.4.2.- El honor y la prensa: la repercusión social	233
2.4.3.- El difícil resarcimiento	236
2.4.4.- Honor e información: en caso de conflicto	238
. Información y crítica al poder	241
. A modo de balance	243
2.5.- Desaparece el <i>animus injuriandi</i>	245
2.6.-La información que justifica: El legítimo ejercicio del derecho a la información.	248
2.7.- La publicidad (art. 209)	253
2.8.- La comprobación de la verdad. La <i>exceptio veritatis</i> (art.210).....	255
2.9.- La responsabilidad civil solidaria (art.212)	264
2.10.- El precio o recompensa en la información (art.213)	267
2.11.- La retractación del periodista (art.214)	270
2.12.- La querrela y el perdón (art. 215).....	273
2.13.- La reparación del daño. La publicación de la sentencia (art.216).....	278

2.14. Personas jurídicas. Injuria entre particulares.....	279
3.- La protección de la noticia en su obtención y posterior difusión	292
3.1.-La comunicación de datos comunicables	292
3.2.- El secreto de las comunicaciones. La libertad de comunicar	295
3.3-La difusión de los hechos o datos obtenidos	301
a) ¿Qué clase de hechos o datos pueden difundirse ?	304
b) Sin haber tomado parte en su descubrimiento	306
c) Posterior búsqueda y seguimiento de la noticia	309
d) Sinergia de derechos	311
3.4.- La protección de la noticia en sus fuentes. El secreto profesional del art.199 y el secreto profesional del periodista.....	315
3.4.1.- El art. 199 CP. Algunos subrayados	315
3.4.2.- El secreto del informador. Un secreto diferente.....	319
a) Secreto y responsabilidad	321
b) Derecho y deber	324
c) La obtención de noticias por fuentes indiscretas	326
3.5.- Animo de lucro e información	332
3.6.- Los datos informáticos.....	333
4.- Noticias contra la paz y la independencia del Estado	343
4.1.- Noticia falsa sobre la existencia de explosivos (art.561)	343
4.2.- Falsas noticias o rumores difundidos en el extranjero por un español o por un extranjero en España.(art.594)	346
4.3.- Difusión de noticias al enemigo por un español (art.583)	348
4.4.- Difusión de información reservada en un medio de comunicación (art.599)	350

5.- Difusión de noticias falsas para alterar el precio de las cosas (art.284).....	355
6.- Libertad de información e Instituciones del Estado	360
6.1.- Difusión de calumnias e injurias contra la Corona (art.490,3) ...	361
6.2.- Difusión de calumnias e injurias contra las Instituciones del Estado (arts.504 y 505)	368
6.3.- Difusión de información injuriosa sobre grupos y asociaciones (art.510)	374
CONCLUSIONES	383
BIBLIOGRAFIA	397

INTRODUCCION

1.- Justificación del tema

Este trabajo surge de un doble convencimiento y de un empeño. El convencimiento de la vocación humanizadora del Derecho y de la Comunicación, y el empeño por conciliar ambos extremos en el punto más álgido de la actualidad: la noticia.

Nunca como ahora los medios de comunicación fueron tan influyentes en las relaciones y en la vida de las personas. Compartimos una sociedad *mediatizada*, que se ha venido a llamar “Sociedad de la información y del conocimiento”, dando así nombre al primer fenómeno que produce de manera acelerada: la información. Una información que se multiplica y condiciona los modos de existir, los estilos de conducta, la cultura y la misma vida.

El desarrollo progresivo de las tecnologías de la información y su avance vertiginoso en el campo de la comunicación abren, cada vez más, las posibilidades de acceder a los datos de carácter personal y darles publicidad a través de los medios.

No cabe duda de que en este panorama aparecen nuevas formas delictivas relacionadas con la información, conductas que deben ser recogidas en el nuevo Código Penal, llamado “de la democracia”, con el fin de prestar protección a las libertades y los derechos del ciudadano. Si la legislación penal ha de sancionar

conductas informativas que lesionen determinados derechos, es precisamente para salvaguardar una información libre y verdadera. Con este fin sí deberá el Código proteger el derecho fundamental a la información, clave del sistema democrático, que incluye el derecho a la noticia. Sin olvidar que la norma penal habrá de actuar como *ultima ratio*, según el principio de “intervención mínima” que el mismo Código expresa en su Exposición de Motivos.

Se trataría de hallar el justo equilibrio que consiste en proteger, de un lado, la libertad del ciudadano frente a la actividad informativa no rectamente ejercitada y, de otro, el derecho a la información y el derecho a informar que lo hace posible. Conseguir la difícil armonía entre el derecho a saber y el derecho a que no se sepa. En definitiva, hacer posible que la información circule libremente.

La necesidad de una comunicación libre y veraz, como establece la CE y la mayoría de los textos constitucionales del mundo, se nos presenta como un reto de la actualidad. Para ello es necesario adaptar nuestro sistema jurídico a este objetivo. No se trata, desde luego, de favorecer la impunidad de determinadas conductas informativas que van contra el mismo derecho a la información, sino precisamente de sancionarlas en beneficio de la comunicación libre y verdadera. Pero parece evidente que ello no se consigue mediante la restricción del derecho a la información, pues nunca el exceso o la corrupción en el uso de una libertad debe volverse contra ella. Por lo tanto, la legislación en general, y el Código Penal en particular, deberán situarse ante la información sin miedo, sin reserva ni temor anticipado, considerándola como un bien social de primera magnitud que hay que apoyar y proteger para el buen funcionamiento de la sociedad.

El tema levanta una cuestión de fondo: ¿es adecuada la vía penal para proteger el derecho a informar y a ser informado? ¿Podemos decir que el nuevo Código protege el ejercicio de la actividad informativa? Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el asunto está en el debate público, en la prensa, en

foros y seminarios, y cuenta con importantes estudios precedentes, realizados por juristas, profesionales de la información y expertos en medios de comunicación.

Desde este planteamiento, echábamos de menos un estudio detenido sobre el tratamiento concreto de la noticia en el nuevo Código Penal. Y hemos querido acercarnos a la tensión que plantea dicho cuerpo legal, entre la Información y el Derecho, para investigar cuáles sean las raíces del conflicto. Y, una vez identificadas, sugerir alguna aportación que hiciera avanzar, en lo posible, esta relación jurídico-informativa.

Esta investigación se aborda desde el punto de vista informativo, de manera que nuestro estudio del CP no se realiza como podría haberlo llevado a cabo un profesional del Derecho, un penalista, sino siempre desde la atenta visión que busca los aspectos penales que afectan o pueden afectar a la actividad informativa, esto es, intentando detectar las referencias informativas recogidas en la ley penal, para dar respuesta a esa pregunta de fondo que se desliza a lo largo de todas estas páginas: ¿Cómo protege el CP la información, en este caso, la noticia? ¿Ha mejorado el tratamiento de los delitos contra la noticia, en relación al código derogado?

2.- La información en el CP. Fundamentación

Hay que preguntarse, en primer lugar, por qué la información está sometida al Código Penal: porque afecta a derechos naturales, fundamentales, anteriores a cualquier normativa. La tutela penal sobre determinados bienes jurídicos se fundamenta en la esencia misma de esos bienes, de esos derechos: a la vida, a la dignidad, a la libertad, a la información, a la intimidad, a la propia imagen. Bienes jurídicos anteriores a la Ley que, por tanto, la Constitución Española *reconoce* pero no *otorga*; no los *concede*, ya que son un *a priori*

constitucional. Pertenecen al hombre por su propia naturaleza. En este sentido se expresa, de manera reiterada, el Tribunal Constitucional cuando se refiere a la intimidad y a la propia imagen, considerándolos “derechos estrictamente vinculados a la personalidad y derivados de la dignidad de la persona, implicando un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana”(1)

Arraigar estos derechos en la dignidad humana y no tanto en la libertad de la persona respecto de sus actos tiene suma importancia a la hora de considerar su tratamiento penal, y “proporciona algunas claves interpretativas para los conceptos utilizados en el Código Penal”. (2)

El TC reconoce asimismo un aspecto objetivo de estos derechos fundamentales. “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada en el estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art.1, 1º)”. (3)

En este sentido, Solozábal Echebarría subraya la importancia social y política de los “derechos de comunicación” (expresión del autor) para la formación de la opinión pública, porque influyen en la actuación del Estado y en el comportamiento electoral de los ciudadanos, cosa que “permite hablar de una dimensión institucional de estos derechos fundamentales, que resulta de su conexión no sólo con la dignidad de la persona, de la que son manifestación inmediata e imprescindible, sino de su relación con el principio democrático que ayudan decisivamente a realizar”. (4)

La Constitución respeta el *contenido esencial* de estos derechos: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a

todos los poderes públicos. Sólo por ley, que *en todo caso deberá respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”(art. 53, 1) “Fuera de toda duda queda que los ataques a estos bienes, por su trascendencia, entran casi directamente en el ámbito penal.”(5)

El derecho a la información, que incluye el derecho a la noticia, puede protegerse de varias maneras; una de ellas es reservando al Código Penal la tipificación de las infracciones más graves a sus constitutivos, especialmente a los esenciales. “El derecho penal es, en definitiva, una Constitución negativa y por tanto protectora de los ciudadanos en cuanto los códigos punitivos representan los límites de actuación de todas las personas libres en orden a su comportamiento en la vida social (...) el Código establece una especie de escudo protector de estas importantísimas libertades elevando a la categoría de ilícitos penales los comportamientos de quienes impiden el ejercicio de aquellas, haciendo realidad la bella expresión del profesor Beristain de que “el derecho Penal es un manantial de libertades”(6)

3.- Vinculación constitucional

La información como derecho subjetivo (derecho a la información) y como objeto del ordenamiento jurídico (Derecho de la Información), forma parte de un conjunto de derechos recogidos en la CE (Título I). Es necesaria la debida coordinación entre ellos.

A estos efectos hay que señalar que el Derecho de la Información se legitima precisamente mediante la realización del derecho subjetivo, es decir, el derecho a la información.

Junto a bienes como la vida, la dignidad, la libertad, la intimidad, etc., el Código Penal recoge los aspectos más esenciales formulados en la misma Constitución Española.

Por lo tanto, la vinculación constitucional se opera, siguiendo a Juanes Peces, con los derechos y libertades fundamentales, aunque no sólo con ellos. Hay delitos que responden a valores fundamentales no declarados en el Título I de la Constitución, como los delitos que se cometan contra la persona del Rey -Título II-; por su parte, el Título III respalda los delitos contra instituciones del Estado; y el Título VI se dedica a los delitos contra la Administración de Justicia. “En fin. el sistema político creado por la Constitución es precisamente el objeto de tutela de los delitos contra los poderes y el orden público y contra el sistema constitucional” (7)

Un caso especial es la relación entre derecho a la libertad de expresión -entendido como el modo libre de hacer eficaz el derecho a la información- y derechos personales.

Llamazares Calzadilla encuentra el fundamento de las libertades de expresión e información en tres lugares clave de la CE, que significan tres instituciones básicas del sistema jurídico: en la dignidad de la persona (art.10, 1CE), en la libertad de conciencia (art.16, 1CE) y en el pluralismo político, como valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1,1CE), “en cuanto elemento indispensable para que el respeto a la dignidad de la persona y su libertad de conciencia sean reales y efectivos” (8)

En definitiva, como afirma Escobar de la Serna, “la realidad informativa española de hoy se fragua jurídicamente con la promulgación de la Constitución de 1978 y el reconocimiento de las libertades de expresión e información en el artículo 20, así como de las garantías para su ejercicio”. (9)

El derecho de la información está próximo al derecho constitucional, en tanto que el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información están estrechamente vinculados a la Constitución como garantía esencial de dichas libertades.

Una vez fundamentado por qué la información, como derecho humano esencial que es, puede estar regulada en el CP, estamos en condiciones de plantear, de un lado, el derecho a la noticia y ponerlo en relación con el CP para, de otro lado, analizar de qué manera la información está protegida por este cuerpo legal.

- (1) STC 231]1988 de 2 de diciembre
- (2) López Garrido, D., García Arán, M. . *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Eurojuris. Madrid, 1996. p.115
- (3) STC 25] 1981 de 14 de junio FJ5°
- (4) Solozábal Echevarría, JJ."Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", en Revista Española de Derecho Constitucional. n°23 mayo-agosto, 1988. p.144
- (5) Juanes Peces, A. *El nuevo Código penal en síntesis*. Euroius. Madrid.1997 p.9
- (6) Ruiz Vadillo, E. *Protección penal del informador*. AEDE n° 21.1996. p.54
- (7)) Juanes Peces, A. *El nuevo Código penal en síntesis*. Euroius. Madrid.1997 p.9
- (8) Llamazares Calzadilla, MC. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo político*. Civitas. Madrid, 1999. p. 47
- (9) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la Información*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 62

4.- Metodología y estructura del trabajo.

Esta tesis se desdobra en **tres aspectos**:

1.- Partimos de las bases que sostienen el derecho fundamental a estar bien informado, que incluye el derecho a la noticia, para llegar a determinar su protección en el nuevo Código Penal.

2.- De qué manera el nuevo CP recoge el tratamiento de la información.

Ello visto de tres modos:

2.1.- Cómo y dónde el CP protege la noticia en tanto en cuanto castiga aquellas conductas que impiden una información libre y veraz.

2.2.- Cuándo no se protege la noticia en tanto en cuanto el CP obstaculiza el ejercicio del derecho a la información.

2.3.- Cuáles son las novedades más sobresalientes del nuevo Código, respecto del Código derogado.

3.- Cuáles son, en el momento actual, los puntos más vulnerables de la actividad informativa no suficientemente protegidos por el Código y que precisan una reforma para que el derecho a la noticia esté más garantizado.

Aportaciones sobre la protección que el CP otorga a la noticia.

Nuestra investigación ha consistido en:

I.- Cotejar dos niveles normativos:

a) Derecho de la Información. Derecho a la información

b) Código Penal de 1995

Para llevar a cabo esto hemos procedido

a) Respecto del derecho a la información hemos hecho uso de la legislación vigente, de jurisprudencia del TC y del TS, de estudios de expertos en el tema e investigadores de la comunicación y de prensa de actualidad.

b) Hemos utilizado el CP derogado y el nuevo CP de 1995, estudios de penalistas y especialistas en el tema, comentarios y jurisprudencia sobre determinados artículos del Código Penal y prensa de actualidad.

Nuestro modo de análisis

1º.- Exploración del Derecho de la Información y el derecho a la información. Hemos identificado los constitutivos esenciales de la noticia.

2º.-Exploración del CP y búsqueda de los delitos susceptibles de ser cometidos a través de los medios de comunicación. Hemos analizado los artículos del CP que afectan a la tarea informativa. Determinamos aquellos delitos que consistan en la comunicación de hechos o noticias.

3º.- Correlación del primer apartado con el segundo. Analizamos las conductas penales que afectan a la noticia. Este análisis se hace en relación con los aspectos más relevantes del derecho a la información. Hemos contrastado cada una de las conductas tipificadas con los principios reconocidos por el derecho a la información actual.

4º.- Inferencias de hallazgos o lagunas penales en el tratamiento que el CP da a la información. Se identifican los aspectos deficientes y los más logrados.

5º.- Aportaciones sobre la protección que el CP de 1995 otorga a la noticia

En cuanto a su estructura, hemos dividido este trabajo en dos partes: la **Parte Primera** está dedicada al **Derecho a la noticia**, el derecho a estar bien informado, derecho fundamental inalienable: en qué consiste la noticia, su fundamentación en el Derecho de la Información vigente, sus componentes esenciales, las alteraciones a la verdad informativa, los pilares de la comunicación verdadera.

Una vez sentadas las bases del derecho a la noticia, la **Parte Segunda** pone en relación **Noticia y Código Penal**. Se analizan aquí cuáles sean los delitos cometidos a través de los medios de comunicación, autores y responsabilidad establecida. Se estudian los delitos tipificados en el Código Penal que consisten en transmisión de hechos o noticias, qué aspecto constitutivo de la noticia vulneran o ponen en juego. Así se estudia la calumnia como desinformación, las injurias impropias que consisten en la comunicación de hechos, la protección de la noticia en su obtención y posterior difusión, las noticias contra la paz y la independencia del Estado y las falsas noticias para alterar el precio de las cosas.

El corpus de la investigación lo constituye, de una parte, el Derecho de la Información vigente, y de otra el Código Penal de 1995, el CP derogado, Estudios y comentarios al Código Penal, a cargo de penalistas e informadores. Jurisprudencia sobre delitos cometidos a través de los medios y que consisten en la difusión de hechos o noticias.

Congresos celebrados sobre algunos de estos aspectos durante los últimos cinco años. Prensa: casos recogidos en la prensa. Noticias, opiniones y comentarios vertidos en la prensa durante esta etapa. Revistas especializadas.

PARTE PRIMERA

EL DERECHO A LA NOTICIA

I.- EL DERECHO A ESTAR BIEN INFORMADO

El derecho a la información es un gran logro histórico tras un recorrido de luces y sombras. Una conquista que ha ido fraguándose en la conciencia de los dos últimos siglos hasta cuajar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A partir de entonces el derecho a la información y su reconocimiento se va incorporando en la mayoría de los textos constitucionales vigentes. En España queda regulado en 1978, en el artículo 20 de la CE. Por primera vez se reconoce el derecho a la información como derecho fundamental.

No hay libertad sin información y no hay información sin libertad. Sólo la información proporciona autonomía moral para actuar responsablemente. El derecho a la información forma parte de ese conjunto de derechos reconocidos al ciudadano, anteriores y superiores al Estado, de tal manera que este último se justifica en la medida en que los hace efectivos.

El derecho a conocer lo que está sucediendo en su entorno pertenece a toda persona por el hecho de serlo. Es un derecho enraizado en la naturaleza personal y sociable del hombre, y por tanto, un derecho natural.

1. - El derecho a conocer la realidad

El ser humano vive en una realidad concreta cuyo conocimiento le enriquece, le perfecciona, le permite realizarse en comunicación con lo que le rodea. A medida que este conocimiento aumenta lo hacen también las posibilidades del sujeto para vivir más intensamente y participar de su entorno; transformarlo, mejorarlo, perfeccionarlo.

La realidad está ahí y pertenece al ser humano a quien le fue entregado el mundo en usufructo. El hombre, la mujer, nacen en un contexto que deben y tienen derecho a conocer.

Además de la forma inmediata y directa de conocer, el conocimiento de la realidad se produce por la comunicación. “El hombre para formarse como persona individual y como miembro de la comunidad necesita conocer la realidad -el mundo exterior que ve directamente o el que le comunican- para deliberar prudentemente. La prudencia es el hábito de comprensión de lo real para dirigirlo a su fin propio.” (1)

En ese imperativo conocimiento de la realidad está incardinado el derecho a la información, “un derecho social indispensable para que el ciudadano tome parte activa en las tareas públicas, porque información significa participación” (2)..

Recordamos aquí en relación con el tema, la clásica y bella obra de John Milton, *Areopagítica*, como primer alegato sobre el derecho a saber, a conocer, a estar informado. El autor se dirige en 1644 al Parlamento inglés, como a un Areópago, contra los inquisidores que amenazan la difusión de conocimiento, y desarrolla un discurso lleno de sabiduría y actualidad a pesar de los años que le separan del presente, con frases como ésta: “Dadme la libertad de conocer, de expresar, de discutir libremente de acuerdo con mi conciencia por cima de todas las libertades” (3) o bien esta otra: “No podéis hacernos ahora menos capaces, menos entendidos, menos anhelosos de la busca de la verdad a menos que os hagáis vosotros, que nos hicistéis tales, menos amantes, menos fundadores de nuestra libertad verdadera” (4)

La información es ingrediente indispensable para tomar parte como ciudadano activo en la vida social. En este sentido afirma el profesor Desantes, que la información es “requisito y es impulso para que el hombre individualmente considerado adopte decisiones políticas que adquieran así un valor comunitario. De modo que informar es promover la participación”. (5)

Del mismo modo se expresa Batista González cuando subraya que “la obtención de información descansa en la necesidad del ser humano de conocer el entorno que le rodea convirtiéndose en requisito esencial de la participación” (6).

Habla Jaén Vallejo de la importancia del “interés colectivo en el conocimiento de los hechos que puedan tener trascendencia pública y, por consiguiente, de la participación de los ciudadanos en la discusión pública de los mismos”(7)

Conocer la realidad, estar informado, es algo que corresponde al ciudadano para ejercitar su libertad personal y para satisfacer los intereses de carácter social basado en la naturaleza de la persona y en la organización de la sociedad.

2.- Investigar, recibir y difundir información.

El derecho a conocer los hechos se desarrolla a su vez en tres momentos, que deben estar debidamente protegidos: investigar, recibir y difundir información. “El conocimiento del hecho, afirma Desantes, pone en juego, en efecto, las tres facultades que integran el derecho a la información: investigar, recibir y difundir información”; (8) operaciones estas no libres de obstáculos si no se ejerce sobre ellas la necesaria protección

La libertad de informar del profesional se asienta precisamente sobre el derecho a la información del ciudadano. Al profesional corresponderá la búsqueda de informaciones para su posterior difusión. La búsqueda de la información se reconoce sobre todo a los profesionales porque son ellos los delegados de la sociedad para hacer efectivo el derecho a informarse que, por sí misma, la sociedad no podría realizar. En expresión del Tribunal Constitucional, ellos son “los intermediarios naturales entre la noticia y cuantos no estén en condiciones de conocerla directamente” (9)

La protección de la noticia debe cubrir no sólo el hecho de difundir información, sino el de conocerla, obtenerla e investigarla. En sentido amplio, “el

derecho a la investigación debe entenderse como la facultad atribuida a los profesionales de la información, a los medios informativos en general y al público, de acceder directamente a las fuentes de las informaciones y de obtener éstas sin límite general alguno, facultad que debe considerarse en su doble faceta, es decir, como derecho del ciudadano y como deber de los que manejan las fuentes de información” (10)

El derecho a investigar, recibir y difundir informaciones sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión queda asimismo recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art.19) e incluido en numerosas constituciones, entre ellas la Constitución Española (art.20)

El reconocimiento del derecho a recibir información, por parte del TC, lo expresa Jaén Vallejo de forma manifiesta cuando subraya que si bien afirmó (el TC) que “el derecho a recibir información es una redundancia por cuanto no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor, consideró que su inclusión en la Constitución se justificaba por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social”(11)

2.1.- Acceso a la información en sus fuentes. Una aplicación concreta.

El acceso a las fuentes de información tiene una amplia regulación en nuestro Derecho (véase Anexo,p.58)

En la Constitución de 1978 se establece “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación gráfica de los delitos y la intimidad de las personas” (art.105.b). En el mismo sentido se muestra la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando expresa detalladamente en su art. 37 el derecho de los ciudadanos de acceder a los documentos que obren en los archivos administrativos “cualquiera que sea la

forma de expresión, , sonora o en imagen o el tipo de soporte material”, con determinadas condiciones; la reserva del acceso a documentos que contengan datos relativos a la intimidad de las personas; la denegación del acceso a los documentos cuando prevalezcan razones de interés público; así como la negación del derecho de acceso a determinados documentos que contengan información sobre determinadas actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, información sobre la defensa nacional, investigación de delitos y materias protegidas, entre otros casos.

Prevé también la Ley las disposiciones específicas por las que se regirá el acceso a dichos documentos.

Por su parte, el Real Decreto de Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano. RD.208]1996 de 9 de febrero, afirma en su art. 2. 2. que la información general se facilitará a los ciudadanos, sin exigir para ello acreditación alguna. Establece también la utilización de los medios de difusión adecuados a cada circunstancia

En lo relativo a la intimidad o privacidad de las personas físicas, el Real Decreto establece que: “La información sobre documentos que contengan datos de esta naturaleza estará reservada a las personas a que se refieran con las limitaciones y en los términos establecidos en la L.O. 5]1992 de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal y en el art. 37 de la ley 30]1992 de 26 de noviembre.

Este aspecto queda desarrollado también en la L.O. 1]1982 de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen; en la citada L.O. 5]1992 de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, y en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas, tratamiento de datos personales y su libre circulación, en cuanto a la intimidad de las personas.

Recogido queda también en el propio Código Penal, Título XXIII, referido a los delitos de traición y contra la paz o independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, que veremos en su momento.

2.2.-La facultad de recibir información

El ciudadano tiene derecho a recibir informaciones diversas y para ello es preceptivo la posibilidad de investigación y acceso a la información de los profesionales, aquellos que han de difundirla, en los términos establecidos en las leyes vigentes. En este sentido se pronuncia Desantes cuando afirma que “El ciudadano tiene derecho a recibir y seleccionar las informaciones y opiniones que desee, pues en el momento en que cualquiera de las opiniones existentes o posibles desaparece, cualquiera que sea el agente o causa de la desaparición, está sufriendo una limitación al derecho a optar como forma de ejercitar el derecho a “recibir”.”(12)

Se puede afirmar con Escobar de la Serna que “el derecho a ser informado es público, por cuanto exige la intervención del Estado, y es un derecho subjetivo, por cuanto supone un poder jurídico, susceptible de ser institucionalizado y regulado por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de fines o intereses de carácter social, basados en la naturaleza misma de la persona humana y en organización de la sociedad” (13)

Así pues, de esta posibilidad de investigar y obtener información depende, en parte, la vida plural y participativa de una sociedad, pues como escribe Batista González, “el derecho a obtener información se encuentra implícito en el principio democrático, el de soberanía popular, el de desarrollo de la personalidad, el de igualdad y el principio de igualdad cultural” (14)

Expresar y difundir; comunicar y recibir, como distintos derechos, son afirmaciones clave de nuestra Carta Magna, (art.20, d) recogidas también en la mayoría de los textos constitucionales. “El apartado d) del núm.1 del art.20 de la Constitución, - afirma el Tribunal Constitucional- consagra el derecho a comunicar

o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva. Se trata, como el art. 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz." (STC 105]1983. F. 111)

En otro lugar afirma: "El derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables" . (STC 6]1998, F.51). En no pocas ocasiones utiliza el TC esta extraña expresión de "hechos noticiables", para referirse a aquellos que deben ser comunicados porque resultan de interés o actualidad.

El derecho a comunicar, sigue diciendo el Tribunal Constitucional, "es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia..." (15)

La información es, en definitiva, un bien social por excelencia sin el cual la persona, el ciudadano no puede realizarse junto a otros. La información que puede conocerse nos pertenece a todos. Comunicar y recibir información es en el fondo la esencia de cualquier relación humana. Facilitar o proteger este fluído libre de comunicaciones será servir de la mejor forma a la convivencia y al bien común.

II.- LA NOTICIA

Noticia es conocimiento, información de lo que acontece e interesa conocer, “información de los acontecimientos sucedidos en el presente o relacionados con él”(16).

La noticia es un medio privilegiado para hacer efectivo el derecho a conocer la realidad, los hechos tal como son. “La palabra noticia, dice Benito, expresa el contenido más común y general de los instrumentos informativos” (17). “El hombre individual y socialmente considerado tiene derecho a la noticia con todos los ingredientes necesarios para que pueda ser considerada como tal. La realización de todas las posibilidades humanas así lo exige. El deber del hombre no es tal porque sí, porque es el deber, como sostiene el moralismo, sino porque es conforme con la realidad. Este deber exige el derecho de conocer tal realidad, lo que, a su vez, reclama el deber de los que han de ofrecer, informada, tal realidad. Derecho a la información y deber de informar correctamente son el haz y el envés de una misma exigencia determinada por el ser del hombre” (18)

Para que este importante derecho a la noticia pueda hacerse efectivo, será necesario, de una parte, eliminar los obstáculos que se opongan a su realización y, de otra parte, protegerlo mediante la sanción de aquellas conductas que lo lesionan.

En la difusión de información es donde se encuentran las mayores dificultades, pues no siempre se realiza de manera correcta. Esto ocurre cuando dicha información no cumple los requisitos necesarios que le son propios y, por lo tanto, no es auténtica información.

1.- Estructura y elementos de la Noticia

El planteamiento anterior nos sitúa en el núcleo de este estudio: la noticia; cuáles sean sus elementos constitutivos, sin los cuales nos hallaríamos ante otro concepto comunicativo pero no ante una noticia. Solamente después de perfilado el

derecho a la noticia podremos examinar de qué manera el nuevo Código penal protege tal derecho en cada una de sus disfunciones.

La transmisión de la realidad es pues el contenido de la noticia, su razón de ser y su origen. Ello exige el previo conocimiento de dicha realidad por parte del que pretende transmitirla a un tercero, llamado receptor y a cuyo conocimiento se dirige.

1.1.- La esencia de la noticia: la verdad lógica

Noticia es, por tanto, información de la realidad exterior. La realidad es una; la que es, y no otra cosa. Por lo tanto, el primer requisito para que exista la noticia es la verdad; la verdad -siguiendo a Zubiri- en cuanto expresa lo que las cosas son, la verdad ontológica. “Ser significa ser verdad; son idénticos ser y verdad.” (19) . En el mismo sentido afirma Desantes que “La noticia es lo ajustado a la realidad. El derecho a conocer el hecho. El constitutivo esencial de la noticia, el que fundamenta su naturaleza propia, es la verdad lógica. El acto informativo es un acto de justicia” (20)

Así pues, la coincidencia entre lo que se comunica y lo que existe es la esencia de la noticia: la verdad.

El enfoque filosófico del tema de la verdad está intencionadamente en el fondo de nuestro planteamiento informativo. Aun reconociendo que la verdad completa sobre algo no puede ser exigida al informador, quien, como persona, tiene limitaciones en el conocer, sí puede y debe exigírsele, sin embargo, un máximo acercamiento a ella; la búsqueda constante de la verdad, es decir, la veracidad.

“La verdad es una conformidad o adecuación entre el pensamiento y las cosas -entre el juicio y las cosas-. Pero no es lo mismo conformidad que adecuación. La conformidad significa que entre lo que yo digo y la cosa -sea física o intencional- no hay una discrepancia; pero no quiere decir que mi afirmación sea adecuada. Puede ser enormemente inadecuada, continúa diciendo Zubiri. El

filósofo se refiere a una dualidad de entidades que puede ilustrar acreditadamente el tema que tratamos: “De un lado tengo las cosas, dice, de otra tengo un entendimiento, que afirma-niega algo de ellas, o un entendimiento que regula la producción de las cosas. Que tiene que haber una dualidad entre las cosas y el entendimiento para que haya verdad, de esto no hay la menor duda. Si no hubiese inteligencia no habría verdad, aunque hubiese realidad” (21)

“Una realidad cualquiera -la de un vaso de agua-, afirma Zubiri, tiene dos aspectos; uno, el de la realidad que efectivamente le compete como un vaso de agua. Y segundo, la actualidad que ese vaso tiene -una especie de segunda actualidad- en mi propia intelección.” (22)

En este mismo sentido se manifiesta Desantes cuando afirma que hay dos acepciones de la verdad; en la primera, verdad y realidad son equivalentes. En la segunda, la verdad es la realidad en cuanto conocida. En el primer aspecto la verdad lleva el adjetivo *ontológica*. En el segundo el calificativo *lógica*. Para este autor, la verdad informativa es “la verdad en cuanto conocida a través de una comunicación” (23)

Siguiendo este razonamiento, la verdad que se exige al informador no es la verdad ontológica, sino la realidad captada y conocida por él, esto es, la verdad lógica.

Debe existir, por tanto, una correlación entre la realidad, que existe aunque no la conozca el informador, y el conocimiento de éste, que depende de lo que sea la realidad. Y en segundo término, ha de haber una adecuación entre el conocimiento del emisor y el del receptor. “Dado que dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí, se concluye que ha de existir una adecuación entre la realidad y el conocimiento del receptor” (24)

De esta manera, la información resulta ser “la conversión de la realidad en mensaje”. (25);

“El informador que comunica la verdad de los hechos, concluimos con Desantes, es un informador justo. Por el contrario, el que, por acción u omisión,

por dolo o negligencia, los deforma, es un informador injusto, se niega a sí mismo como informador” (26)

Asimismo se pronuncia la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional considerando la verdad informativa, la veracidad, requisito imprescindible del derecho a la información de hechos : “Este Tribunal ha repetido en numerosas ocasiones que el contenido constitucional del art.20.1 d) CE consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento, se extiende únicamente a la información veraz” (27)

Aunque, como luego veremos en numerosas ocasiones a lo largo de estas páginas, no siempre el Tribunal Constitucional muestra esta claridad a la hora de establecer la exigencia de la veracidad.

La información veraz o noticia es una comunicación de hechos, a diferencia de la comunicación de opiniones.

1.2.- Apoyos personales de la verdad: veracidad y objetividad

El mejor informador transmitirá solamente una parte de la verdad pues no es posible para ningún ser humano captar toda la verdad sobre un hecho. Podrá transmitir parte de la verdad pero nunca la verdad completa.

Al informador se le exige la actitud de búsqueda constante de la verdad, su comunicación, esto es, la *veracidad* informativa que, como se ha apuntado, supone una aproximada coincidencia con la realidad: *quaedam adecuatio*

La veracidad es un hábito, y se refiere naturalmente a la información de hechos o noticias, aunque éstas vienen, en ocasiones, mezcladas con expresiones del propio pensamiento, y además, la opinión se apoya por lo general sobre un hecho del que parte. Así lo expresa el Tribunal Constitucional cuando afirma que “en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamiento necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos

y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión.”(28)

La veracidad es una de las exigencias del deber de informar del emisor.

. Ausencia de integrantes subjetivos

En íntima relación con la búsqueda de la verdad está la objetividad informativa, discutida siempre y necesaria no obstante. “La veracidad presupone en el informador la objetividad”, afirma Manuel M. Bru. “La objetividad es una virtud o un hábito del informador, no una condición del mensaje o del medio aunque analógicamente así se diga. Como toda virtud, nunca se alcanza totalmente pero obliga a estar consiguiéndola constantemente para enriquecer el patrimonio del informador.” (29)

Objetividad quiere decir imparcialidad ante las cosas; ausencia de integrantes subjetivos. La objetividad vendría a significar diligencia en captar la realidad tal como es y comunicarla tal como se ha captado. “desprenderse de todo elemento subjetivo -pasiones, perezas, simpatías, partidismos, etc- para conocer mejor el objeto a poner en forma conforme a su auténtica realidad” (30). La objetividad, como la veracidad, hay que referirla a la información de hechos o noticias, por tanto “es condenable todo aquello que suponga introducción de ingredientes subjetivos en la captación de la comunicación de los hechos: engaño, simulación, deformación, manipulación, sensacionalismo, disimulo, secreto, silencio..., como bien afirma Desantes Guanter (31). Esto es, “dar una información de una manera completa, sin omitir lo que debe ser dicho para que sea exacta”, en expresión de Djouhri (32).

Sin embargo no existe la objetividad en las opiniones puesto que las ideas son subjetivas. “La objetividad informativa en el caso de la comunicación de ideas es la sinceridad y exactitud o conformidad en los términos empleados(...) En la opinión no es jurídicamente exigible la objetividad, porque no puede existir en la

apreciación subjetiva. Pero sí en la de los hechos, en la subsunción y en la expresión de la opinión obtenida” (33)

Es importante no confundir la veracidad con la sinceridad teniendo en cuenta que “no basta que mi razón afirme algo para poder atribuirle el calificativo de verdadero. El criterio de verdad -como se ha dicho ya- consiste en la adecuación a la realidad, con lo que aquél se desplaza hacia ésta, hacia el objeto”(34).

Tiene razón Manuel María Bru cuando habla de la confusión moral contemporánea y su relación con la idea de que el ser humano tenga y crea su propia verdad. Porque al no comprender la objetividad en “lo que pasa”, en la noticia, se traslada esa incomprensión a “lo que queda”, a la idea y al juicio. “(35) Y es que el pensamiento posmoderno ha puesto en declive ciertas ideas morales, como la de la misma libertad, y no digamos, la de verdad. Así, uno de los problemas de la cultura posmoderna es el relativismo, el “todo vale”, el cuestionamiento de la existencia de la verdad, interesa no la verdad sino *mi verdad*: “la postmodernidad introduce escepticismo y relativismo; relativismo con respecto a la posibilidad de encontrar una fundamentación racional o metafísica que sirva para justificar qué debemos hacer”, escribe Adela Cortina.(36)

Este relativismo moral que asiste a nuestra sociedad lo expresa también Enrique Rojas cuando dice que “la filosofía del relativismo desemboca en el escepticismo(...)afirmando que la verdad no existe o que el hombre es incapaz de alcanzarla. El relativismo como forma de pensamiento tiene un tono devorador, hace tabla rasa de todo lo que se encuentra a su paso. Se produce así la absolutización de lo relativo”(37).

Ciertamente, no será posible la objetividad perfecta, pues ningún ser humano, puede realizar actos perfectos; pero de ahí a afirmar la inexistencia de la objetividad informativa, como hace un número de autores, hay una distancia considerable. Valgan algunos ejemplos de este escepticismo

“Recientemente, afirma Anthony Smith, la idea de la objetividad ha sido blanco de varios tipos de crítica, a veces severa: se ha dicho que es formalmente imposible, o imposible dentro de las modalidades del periodismo. Al mismo tiempo, se la ha tildado de fraude completo, de ser un ritual estratégico que sólo sirve para defender al periodismo de un sin número de críticos e inquisidores”(38)

Sobre el mismo tema, Voyenne llega a la esta excéntrica expresión: “Un diario objetivo ¡qué calamidad! Sólo daría motivos de duda; es preciso tratar a los hombres con las mentiras que gustan”. (39)

Desde un gran escepticismo frente a la objetividad, J.F. Revel en su libro, *El conocimiento inútil* habla de la mentira como un hábito de la sociedad actual: Es “la impotencia de la información para iluminar la acción(...) los que recogen la información parecen tener como preocupación dominante el falsificarla y los que la reciben, el eludirla (...)

¿Acaso no se ve muy a menudo que los medios de comunicación que cultivan la exactitud, la competencia y la honradez constituyen la porción más restringida de la profesión, y su audiencia el más reducido sector del público?” (40)

En el mismo sentido se pronuncia J.M. Hermida en su obra *La estrategia de la mentira*, sobre la manipulación de la opinión pública como negación de la objetividad: “la mentira esta instalada en la sociedad que vivimos, y forma parte de un complejo entramado de códigos de comunicación, en el que no sólo participa el mentiroso sino también la complicidad de los engañados”(41)

“No hay informaciones objetivas, dice por su parte, Hernán Toro. Lo que se produce y se ofrece para el consumo es una versión que media entre la realidad y su representación, de tal manera que aquélla jamás tendrá, en su cristalización expresiva, la forma de una realidad bruta, mientras que siempre, en cambio, será sometida a insalvables procesos de elaboración” (42)

A esta “mediación” del informador pero desde un punto de vista opuesto y más consolador y optimista, se refiere Martínez Albertos: “Para que haya noticia,

afirma, es necesario que un hecho -objetivo, comprobable y verdadero- sea recogido, interpretado y valorado por un equipo de sujetos promotores, los periodistas encargados de poner en marcha el proceso informativo de cada caso particular. (...) Debemos, por tanto, partir del hecho incuestionable de que siempre es necesaria cierta interpretación de la realidad para que exista noticia. (...) Pero a partir de esta necesaria manipulación básica, es preciso afirmar que el trabajo del periodista es preciso que se lleve a cabo con un sentido reverencial de la objetividad informativa". (43)

Del servicio a la verdad, el respeto a la justicia y la rectitud de intención hablaba ya el Estatuto de la Profesión Periodística de 1976: "El periodista rechazará cualquier presión o condicionamiento que tienda a alterar la exactitud de la información..." (Principio nº2) (44)

Lo importante es que el informador sienta la necesidad moral de realizar su trabajo con honestidad, apelando a su propia conciencia, esa "buscadora de la verdad"(45) -en feliz expresión de Servais- que es siempre la que más obliga. De esta manera podrá ofrecer una información verificable, comprobable y contrastable. Ahí radica la fiabilidad de la noticia.

. Conocer a fondo

La objetividad del informador significa ante todo un esfuerzo de conocimiento, para cerciorarse y comprobar lo que pretende transmitir.

En este sentido habla Luka Brajnovic de la certeza objetiva como acercamiento a la verdad. "Profesionalmente estamos seguros de una verdad cuando la sabemos y podemos expresarla y, además, cuando sabemos y podemos aportar todas las razones contrarias o las observaciones y dificultades de las dudas. Esto se consigue mediante la reflexión, es decir, mediante el estudio o conocimiento seguro sobre lo tratado" (46).

Así lo expresa También Martínez Albertos cuando dice que “esta exigencia moral hacia la objetividad en realidad supone la obligación subjetiva de esforzarse en el estudio lo más completo posible de todos los factores que concurren en el hecho que se transmite. (47)

“La objetividad, afirma Desantes, viene a ser el esfuerzo del sujeto por conseguir que su conocimiento sea objetivo, es decir, verdadero como adecuado al objeto. Si la fuente previa del conocimiento es la realidad, la objetividad es la imparcialidad del sujeto con respecto a esa realidad que se conoce o se intenta conocer” (48).

La objetividad, así pues, requiere esfuerzo, búsqueda, conocimiento, honestidad en la actuación; el ser humano no sólo *actúa* sino que además *obra* responsablemente. De la “real y sincera voluntad de verdad” (49) habla Laín Entralgo a la hora de descubrir, no lo que una persona es y hace, sino lo que debe ser y hacer.

. Para servir al bien común

Todo el aparato informativo se pone en marcha para el beneficio de la sociedad. Veracidad y objetividad, informar de forma veraz y objetiva, se presentan pues como una principal obligación del profesional para que dicha información sirva efectivamente al bien común, al que está encaminada. El primer deber de los medios de comunicación, es fomentar el bien común, cosa lógica, como le ocurre a cualquier instrumento que se dirige a la sociedad “Este hecho incluye una serie de obligaciones a las que debe responder la profesión periodística (...) Servir al bien común que es el orden de la sociedad requerido por la ayuda que necesitan todos sus miembros y que se hace posible por su carácter cooperativo en el cumplimiento de las tareas vitales y necesarias, impuestas a todos los miembros de una sociedad por los fines existenciales. La esencia fundamental del bien común consiste en constituir esta ayuda que los periodistas ejercen informando amplia y verazmente. Por ello, el hacer posible esta ayuda por

medio de la cooperación social o servicio a los demás, es por sí mismo un fin que determina todo el Derecho considerado como fundamento del orden social” (50).

La objetividad, concluimos, es exigible en la información de hechos o noticias, es una actitud referida al informador, que supone una ausencia de elementos subjetivos a la hora de informar, que se traduce en el esfuerzo por conocer lo más exactamente posible la realidad como objeto del que debe informar, y hacerlo de acuerdo a lo conocido. “El objeto es la causa final del conocimiento” (51) y “tiene la primacía y exige no cejar nunca en la tarea de captarlo con la mayor fidelidad posible”(52).

Es cierto que convertir la realidad en mensaje es comunicarla mediante signos y palabras, o sea, mediante el lenguaje. Es una operación lingüística, y por lo tanto, implica una actuación humana. Así pues, hay que partir de la base de que la apreciación de esa realidad supone ya una subjetivización y la conversión de la misma en mensaje, en noticias, implica una mínima manipulación. Pero, en todo caso, compatible con la verdad lógica, con la honradez profesional y con la conciencia ética. Manipular la noticia para darle forma de comunicación no tiene por qué producir daño al mensaje, confundir, ni engañar.

Desde estas páginas apostamos por esa objetividad posible y subrayamos el efecto demoledor del relativismo que lleva a negar toda verdad que no sea la individual.

1.3.- Actualidad y novedad

La actualidad informativa abarca toda la realidad humana, en un sentido amplio. Más restringidamente, la información de actualidad se refiere a hechos o acontecimientos nuevos convertidos técnicamente en noticias.

Noticia es actualidad. En este sentido, la verdad informativa se acota por la actualidad. Dado que el informador no puede difundir toda la realidad, deberá elegir una parte de ella. El acotamiento de la verdad informativa resulta así ser la actualidad, el informador “tiene que adoptar un criterio para acotar aquellas

verdades que puede difundir o las noticias que vaya a comunicar. Este criterio, en el caso de la comunicación de hechos, es la actualidad". (53)

Asimismo se pronuncia Ángel Benito cuando afirma de la actualidad que "es la selección de aquellos acontecimientos que, en razón de su interés humano y actual, ganan la atención pública en un momento dado"(54)

Actualidad es lo que ocurre en un momento dado, en el tiempo presente, pasado o futuro. Lo ocurrido en el presente, lo pasado que cobra interés por acontecimientos del presente, y el futuro que pueda preverse desde el hoy. A este respecto afirma Davara: "La información de actualidad es la comunicación masiva de las noticias acerca de los acontecimientos sucedidos en el presente o relacionados con él " (55).

Toda información de actualidad, aún la más novedosa, no está aislada en el tiempo y puede referirse, por lo general, a una sucesión de acontecimientos anteriores a ella.

El pasado informativo se actualiza con hechos y acontecimientos nuevos que lo traen al presente, que necesitan de ese pretérito para explicar o completar la novedad acaecida. El pasado informativo es, para la profesora Cousido, "un conjunto de valores y de acontecimientos pretéritos que gravan al informador cuando se enfrenta con la realidad que va a informar (...) el presente es la época en que se desenvuelve el proceso (...) y una parte de las informaciones difundidas hacen referencia a hechos esperados, posibles, pero aún no actuales (...) así puede afirmarse que un hecho originado y elaborado en un presente -pasado- el que está dejando de ser- produce sus efectos en el futuro". (56)

El concepto de actualidad ha cambiado con el paso del tiempo y muy fundamentalmente influido por las nuevas tecnologías de los medios de comunicación. La rapidez e inmediatez propias de la información, dan lugar en ocasiones a una carrera contra el tiempo, que fue perfeccionando las mismas técnicas informativas. De tal manera que puede hablarse, como hace Ángel Benito, de un nuevo concepto de actualidad provocado por esos avances tecnológicos. "La

actualidad es un concepto unido a la evolución de la tecnología utilizada en la producción y distribución de las noticias, ya que la función de la prensa y demás instrumentos informativos no es otra que la de informar y comunicar las novedades más recientes, por lo que el concepto de actualidad está en la base de la evolución y el perfeccionamiento del periodismo...". (57)

En el momento presente es posible saber las mismas cosas en casi todos los puntos del mundo y de forma simultánea. El flujo de informaciones ha aumentado poderosamente. Hoy la información es tan abundante que puede llegar a provocar confusión. La información ha pasado de la escasez a la abundancia así como de la lentitud a la rapidez y nadie duda de las ventajas de este nuevo planteamiento. Pero hay que contar también con sus límites: no es la cantidad de información lo que informa sino la calidad. Y calidad se traduce en credibilidad y fiabilidad, notas imprescindibles si se refieren al objeto de nuestro estudio, la noticia. También la instantaneidad tiene sus riesgos, como son la falta de análisis y comprobación de las informaciones.

La información de actualidad está hoy de alguna manera condicionada por todas estas características de la información y sus instrumentos renovadores, que no se limitan a los soportes sino que afectan también al contenido, a la forma de utilización, a la producción y distribución de noticias.

Llegados a este punto, la pregunta sería: estamos más informados, pero ¿somos más críticos, más cultos, más capaces de abstracción, más humanistas, más libres, finalmente?

. Actualidad interesante

No toda la actualidad interesa de la misma forma en un momento dado, lo noticiable o no de esa actualidad, depende de su repercusión en los públicos en ese momento concreto. Tanto lo no actual, en el sentido antes apuntado, como lo no interesante no serán nunca objeto de noticia, no constituirán noticia. "La búsqueda de la actualidad por parte de los públicos viene determinada por la

inclinación humana por conocer, movida por su interés y guiada por su curiosidad". (58)

Muy relacionada con el interés está la proximidad, que tiene gran relevancia noticiosa: "Parece evidente, afirma Luciano Alvarez, que cuanto más próximo e implicado se sienta el espectador con respecto a los hechos, mayor será el interés que tenga la información" (59)

La noticia difunde hechos de relieve o trascendencia para el público receptor, acontecimientos significativos que deben ser conocidos por su interés social. Precisamente en esa trascendencia pública que tiene la noticia radica la necesidad de su regulación y protección para establecer los límites entre lo que sea noticiable y lo que no lo sea y pueda convertirse en corrupción informativa. Hay que matizar en este sentido lo que sea la actualidad y la actualización, considerando la primera, en sentido amplio, toda la realidad informativa y la segunda la actuación o actualización del informador que convierte técnicamente esa actualidad en noticia para difundirla.

. **Novedad trascendente**

La noticia debe referirse a hechos *nuevos*, siendo el ingrediente de novedad otro de sus elementos. Noticia es igual a nueva; viene del término latino *novus*: nuevo, y de *notus*: conocido, como señala Desantes. (59 bis) De la *novedad* de la información dice Ángel Benito que "no es más que la relación entre un sujeto y un hecho que antes no conocía; la actualidad es algo sustancial en la función periodística mientras que la novedad es sólo algo cualitativo; por eso un hecho puede ser nuevo sin ser actual pero no al revés (...) todo lo actual convertido en noticia es siempre novedad". (60)

"Las noticias son comunicaciones sobre hechos nuevos, dejó escrito Dovifat, surgidos en la lucha por la existencia del individuo y de la sociedad". (61)

Por otra parte, la noticia deberá ser completa y asequible, precisa, debe tener en cuenta el hecho y sus circunstancias, pues el ser humano, como se ha dicho, no

sólo actúa sino que obra responsablemente, de ahí que no se pueda aislar un hecho de sus circunstancias: “A la hora de informar, dice Herrero Tejedor, hay que fijarse en el protagonista, en el hecho objeto de la noticia, en datos de lugar, medios materiales o personales que se han utilizado, en las causas de la acción, en la forma de su desarrollo y en el momento en que ha sucedido” (62).. En este sentido Ismael Herráiz habla de “las circunstancias que pueden actuar sobre un acontecimiento convirtiéndolo en noticia”, transcribiendo una prolija enumeración de aquellas circunstancias a partir de dos listas de composición norteamericana y una de confección española. Aparecen así -además de la actualidad-, la proximidad temporal y física, la prominencia, el drama, el conflicto, la emoción y el progreso junto con la rareza, el interés humano, la utilidad, el amor, la cultura o el entretenimiento. (63)

Estamos delimitando y refiriéndonos pues, a la Noticia como “ hecho verdadero, inédito, actual, de interés general, que se comunica a un público que pueda considerarse masivo, una vez que ha sido recogido, interpretado y valorado por los sujetos promotores que controlan el medio utilizado para la difusión” (64)

Dicho de otro modo, Noticia es el “género periodístico que da cuenta, de un modo sucinto pero completo, de un hecho actual o actualizado, digno de ser conocido y divulgado, y de innegable repercusión humana” (65)

En este sentido, “la fotografía impresa -captación de una imagen en reposo-, el reportaje gráfico -serie de imágenes en reposo- y las imágenes en movimiento -proyectadas o televisadas- son también noticia, son los tratamientos técnicos de la realidad propios de los modernos instrumentos electrónicos de información y del periodismo gráfico.” (66)

A la hora de tratar este tema de la noticia en su actualidad, es también referencia obligada la obra clásica, *Les nouvelles*, de Roger Clausse (67)

De todo lo anterior puede concluirse que **noticia** es actualidad verdadera, comprobable, reciente, interesante, novedosa e inédita.

“La noticia fue lo primero; lo primero en el proceso histórico de la comunicación humana colectiva” (68) La importancia de la noticia es considerable ya que esta resulta ser esencial e imprescindible para que exista la información.

1.4.- Error invencible y error negligente

En esta transmisión de hechos en que consiste la noticia hay un doble proceso: de una parte la captación de la realidad por el informador y de otra la comunicación al receptor de lo captado. Ninguno de estos actos podrán ser “químicamente puros”, dado que se trata de actos humanos y, como tales, sometidos a las limitaciones propias de lo subjetivo.

Pero sí podrá darse el máximo acercamiento a la verdad posible; en caso contrario, se desvirtuará el mensaje con la consiguiente responsabilidad del informador: “El doble proceso de aprehensión o subjetivización de lo real por parte del informador y de comunicación al receptor puede presentar quiebras que, como efecto, quebrantan el mensaje. En el proceso de aprehensión, puede darse la ignorancia de la realidad o el error en su apreciación. La responsabilidad por tales irregularidades depende de que una y otro sean evitables o invencibles. En la fase de comunicación puede también existir error del que se responde si es salvable; y puede también existir engaño por parte del emisor, del que se responde siempre. El informador, evitando esos peligros, ha de comportarse como un espejo plano y limpio que refleje la realidad sin deformarla” (69)

La libertad de ser humano le sitúa ante el riesgo de equivocarse. En este sentido podría afirmarse que nadie es libre del todo para hacer el bien completo, ni tampoco para el completo mal. Lo importante es aquí la buena fe de quien obra y ponderar la actitud, si bien no con total independencia de los resultados. A este tenor llega a afirmar el Tribunal Constitucional 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 seguridad

jurídica sería el silencio". (STC 6]1988 -RTC 1988, 6- ,F.5º) Expresión peligrosa ésta, con la que no estamos de acuerdo, por maximalista y rotunda. Llevada al extremo, supondría relativizar la verdad e incluso negar su posibilidad "en un debate libre". La expresión adolece de rigor, en cuanto no tiene en cuenta que los hechos son los hechos y están ahí. "La verdad es una sola, afirma el profesor Desantes, la no verdad es múltiple". (70)

Con una bella expresión señala Klimes cómo informar significa "forzar la penumbra de la verdad". (71)

Si cierto es que algunos errores hacen avanzar la historia personal y comunitaria de los hombres, otros paralizan y ahogan la vida misma.

José F. García Méndez habla en su libro *La cultura del error*, de la capacidad humana de equivocarse como valor positivo y fuente de aprendizaje. El error humano es inevitable, comprobado está que errar es presupuesto necesario para sacar adelante cualquier empresa. Hay, dice, "errores constructivos, errores creativos, errores que en realidad son aciertos, pero que discrepan con errores reales, mitos y tabúes ampliamente implantados; errores que nos llevan al éxito, aciertos por casualidad, fracasos que la perseverancia ha convertido en triunfos; errores confesados pero honestos, que tratan de compensar el daño; errores positivos, en definitiva".

Para el autor, las posibilidades de error aumentan a medida que lo hacen las posibilidades de elección, "a medida que las posibilidades se amplían el margen de error aumenta". (72)

Dependiendo de que los errores sean invencibles o vencibles afectan de manera diferente a la noticia y a la responsabilidad del informador.

Hay que distinguir entre el error esencial y el accidental, considerando éste último el referido a algún dato equivocado de la noticia. Pues no es lo mismo, según el TC, el error que afecta al "contenido esencial del mensaje que se transmite" que el error "en la identificación de la persona a la que se refería el

hecho noticioso” (STC 240]92 de 21 de diciembre). Una vez más para el TC, lo exigible es la diligencia del informador en su actividad informativa.

2.- La corrupción de la noticia: alteraciones a la verdad.

Todo lo que no sea comunicar la verdad no es noticia. Así, la falsedad, la mentira, la verdad a medias, la verosimilitud, el silencio, el sensacionalismo, el rumor.

2.1.-La falsedad, violación del derecho a la información

Si el derecho a la información, a la noticia, tiene su raíz en el derecho a conocer la realidad, -los hechos, la verdad de los hechos-, la no-verdad constituye una violación del derecho a la información. “Mentir es desinformar, afirma Desantes, violar el derecho a la información. La expresión *noticia falsa* es contradictoria en sus términos porque la falsedad no es noticia, puesto que adolece de su constitutivo esencial. En términos más genéricos, no es un mensaje. La libertad de expresión no es libertad de mentir” (73) La comunicación está basada sobre todo en la confianza y se rompe con el engaño.

Pero la falsedad tiene muchas formas de hacerse presente: Suprimir hechos, inventar los que no existen o deformar los reales, todo ello produce engaño, confusión y desinforma, en lugar de informar: “la invención o conversión de la irrealidad en realidad aparente, la alteración de una realidad existente, pero deformada en la comunicación (...) la atribución de una condición o situación del emisor que no tiene en el momento de informar, la firma de un mensaje por quien no es su autor o, viceversa, la atribución a alguien de lo que no ha informado, (...) la media verdad. “ (74)

La invención de datos o declaraciones son alteraciones graves de la información. La invención, en el periodismo, afirma Aladro Vico, puede consistir en la creatividad necesaria para obtener la información, para disponerla en el

relato, pero nunca en alterar el verdadero contenido o materia prima de la información. “La imprecisión e inexactitud cobran naturaleza de defecto deontológico cuando se convierten en un arma para la manipulación periodística y producen consecuencias dañinas”(75)

Una información será más verídica cuanto más acompañada esté de suficientes datos sobre ella. La incorrección o inexactitud de la noticia puede originarse por la incompetencia o descuido del informador, por negligencia o debido a la prisa que apremia la comunicación de actualidad. Pero también puede tener su raíz en la malicia o mala fe de quien informa.

Así habla Ángel Benito al referirse a formas de corrupción de la noticia que son superables por el informador, y cita “la mentira, la incompetencia profesional, el sensacionalismo exagerado, la pasión o las particularidades de una educación no ordenada para la profesión periodística” .(76)

Por su parte, Carlos Soria señala otras formas de corrupción: “poner trampas para que el entrevistado caiga en ellas, utilizar documentos robados, ocultar la propia identidad del informador, inventarse historias, plagiar el trabajo de otros, actuar con malevolencia, mala fe, falta e respeto hacia las personas, o haciendo de los intereses creados el norte de la información, es pura y simplemente corrupción. (77)

2.2.-El silencio, negación de la noticia

Silenciar la información es negar a los ciudadanos el derecho a estar informados, a conocer lo que ocurre y les afecta; por lo tanto, “la noticia ha de ser accesible. El derecho sobre la noticia no autoriza a reservarla o retenerla más que el tiempo imprescindible para difundirla debidamente. Sobre ella gravita lo que para otro tipo de derechos se llama hipoteca social.” (78)

El *silencio* es grave porque la información es un bien social que pertenece a los ciudadanos, auténticos titulares del mismo. Omitir información es privar a los

receptores de ese derecho. En este sentido afirma Carlos Soria que los informadores y las empresas informativas actúan en virtud de un mandato del público, general, y tácito; sólo se alcanza plenamente el derecho a la información por mediación de las organizaciones informativas y de los profesionales. Así pues, y en contra del calificativo “cuarto poder”, que se le ha venido adjudicando a la prensa, el autor prefiere subrayar que “la información no es tanto un poder como un derecho y un deber”. (79)

El mal aumenta cuando se omite una parte significativa de una noticia de la que ya se conocen datos, esto es, cuando se interrumpe la *cadena informativa*. “La omisión de la información obtenida que no es procesada por el periodista es un grave problema deontológico, sobre todo cuando se conecta con la dejación del deber de verificar o completar versiones en una información que está siendo procesada.”(80)

Existen también otras excepciones al silencio informativo que se refieren a los *secretos oficiales* y al *secreto profesional*: “uno evita la información; el otro protege la información”. (81) Pero esto no se puede confundir con “la omisión de noticias y temas difíciles, ocultaciones informativas deliberadas”, a que se refiere el profesor Soria. (82)

Por su parte, Escobar de la Serna dice que “la noticia ha de referirse a hechos relevantes incluida la información política, cuyo conocimiento es imprescindible para formar la opinión, así como los datos o acontecimientos privados con trascendencia pública, cuya “peligrosidad” debe interpretarse en sentido muy restrictivo, pues es más peligroso el secreto y la falta de información que la difusión de noticias, ya que aquel puede cegar la fuente de la noticia, y por tanto, de la verdad”(83)

Pero el silencio puede ser también un deber para el informador cuando están en juego otros derechos fundamentales “ el silencio adquiere un valor positivo en los supuestos concretos en que, por estar en juego otros derechos

humanos o por causa de la confidencialidad, constituye un deber para el informador". (84)

Es decir, el silencio se convierte en deber ante algunas circunstancias, ante ciertos derechos como lo es el derecho a la intimidad, al secreto y a la vida privada. Cuando el Código Penal sanciona las conductas informativas que traspasan esa esfera intocable, está protegiendo la verdadera información, la noticia, como analizamos más adelante.

Salvo estas excepciones, la información no debe cegarse y, toda vez que se haga, se estará privando de un derecho fundamental al ciudadano.

2.3.-La mentira, desinformación máxima

La *mentira* es el máximo ataque a la verdad, y por tanto a la información. La más importante, dice Desantes, es "la comunicación de un hecho falso a sabiendas de que lo es y sin advertir de su falsedad". (85) Si, en cambio, se advierte de la falsedad de lo que se dice, la información es verdadera.

Para Guillen la mentira es un instrumento de dominación: "La mentira, dice, como instrumento de dominación política, como desinformación de la opinión pública puede ser utilizada en nombre de la democracia...". (86)

Proteger la noticia significa, ante todo, defenderla condenando la mentira. La información falsa, como veremos más adelante, no sólo debe ser castigada porque atente contra un bien jurídico concreto como el honor -caso de la calumnia- o la dignidad -caso de la injuria- sino también porque ataca a la información, un derecho, igualmente fundamental, de los ciudadanos.

2.4.-La verosimilitud, el sensacionalismo, el rumor

Importante es también la información de un hecho que no es verdad pero podría serlo, esto es, la sustitución de la verdad por la *verosimilitud*. es una forma muy sutil de engaño porque crea una especie de *ilusión de la realidad* que no coincide con ella y que, por lo general, el receptor no podrá comprobar; una

versión por lo tanto que es “recibida como real por unos públicos que no tienen posibilidad de comprobar la verdad de lo que se les cuenta”. (87)

La verosimilitud es, en el fondo, una cuestión de confianza hacia quien informa. “La veracidad en el informador produce credibilidad en el sujeto universal, dice Desantes, y señala cómo aumenta la responsabilidad del informador en proporción a la verosimilitud de la información y no sólo en proporción a la veracidad de quien informa. (88)

Es lógico, pues todos creeríamos a alguien que habitualmente dice la verdad y, por lo tanto, si miente nos hará sentir doblemente defraudados. A mayor credibilidad, por tanto, mayor responsabilidad. Lo expresa así Julián Marías “la veracidad probada y comprobada muchas veces es una presunción de verdad, que no exime de su comprobación en cada caso, pero permite una aceptación “provisional” como punto de partida”. (89)

La apariencia de la verdad posible, verosímil, puede por tanto producir más engaño que la misma mentira; sobre todo si quien difunde aquella se ha ganado anteriormente la confianza de los lectores, de su público. A mayor confianza, mayor responsabilidad moral del informador.

La exageración también desinforma. *El sensacionalismo*, fotográfico o verbal, deforma la noticia porque desmesura su entidad y como consecuencia, su captación por los receptores. El sensacionalismo sustituye lo nuclear de la noticia por lo llamativo y, en ocasiones, por lo morboso. Terminando por “confundir lo nuevo, lo especulativo o lo espectacular con lo importante”. (90)

Captar el interés del receptor, llegar a tiempo o llegar antes, no puede confundirse con la impronta sensacionalista, aunque es cierto, como expresa Benito, que la utilización de la novedad confunde muchas veces a los profesionales de la información, y el sensacionalismo como técnica para presentar las noticias se

convierte frecuentemente en un atentado a la libertad de información, la verdad.
(91)

Otro tanto ocurre con *el rumor*, información no comprobada y por lo tanto de contenido no noticiable aunque sí lo sea el rumor como tal.

“La preparación profesional recia y el buen hacer evitarán también la selección de fuentes faltas de credibilidad y la recogida de rumores, que, en ocasiones, se instalan en la opinión pública sin base real y por intereses extrainformativos”. (92)

“Es honesto, dice Ángel Benito, quien pone todos los medios para informarse bien; quien procura oír todas las campanas; quien después no se calla nada de lo que ha percibido; quien rectifica cuando y como debe hacerse; quien no tergiversa lo que se opone a sus opiniones y conveniencias”. (93)

El rumor es peligroso, pues se trata de una hipótesis que circula entre los públicos, una especie de noticia sin confirmar. “Existe una aterradora facilidad para admitir lo que ‘se dice’ y darlo por bueno, aunque un examen fugaz basta para comprender que eso no se sabe si se puede saber” (94)

El rumor, como rumor es noticia. “Lo que no es noticiable es lo que cuenta. En consecuencia, se falta a la verdad si se comunica como un hecho cierto”. (95)

En el **Libro de Estilo** de El País (2.1) puede leerse que “... se podrá denunciar el hecho -del rumor- pero sin citar las acusaciones difundidas mediante esta argucia”

La información hoy, como en todos los tiempos, está sometida a múltiples retos, como la ausencia de control y de manipulación en sus múltiples formas, la transparencia, la honradez profesional, “Allí donde circula libremente la información, la corrupción no germina”, dice Justino Sinova. (96) “ Y cuando se secuestre, se corrompa, se omita o se prostituya la información podrá decirse también que se ha inferido una herida grave a la justicia: la información -se ha dicho ya- es un acto de justicia”(97)

Pocas cosas pueden producir tanto daño como la información falsa, “un mal cuya trascendencia individual y social resulta incalculable porque priva de un perfeccionamiento al sujeto acreedor de la noticia como reflejo de la imperfección del que informa”(98)

Y porque la falsedad produce en quien la recibe un efecto de desvalimiento e indefensión por la propia ignorancia de la verdad. De ahí que proteger la noticia, que es proteger al ciudadano, sea un imperativo primordial del derecho.

3.- Excepciones del derecho a la noticia

Como ya apuntamos al comienzo de este capítulo, el derecho a la noticia es un derecho fundamental reconocido en casi todos los sistemas constitucionales; es una premisa para la participación del ciudadano en la sociedad y en la política. Por la cantidad de noticias puestas en circulación se mide el nivel democrático de un país. A este tenor afirma Ruiz Vadillo que “únicamente aquellas sociedades que estén en condiciones de recibir informaciones veraces y opiniones diversas, a través de unos medios de comunicación plurales, libres e independientes, estarán en condiciones de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones”. (99) Amordazar la información sería tanto como amordazar la vida.

Pero ninguna libertad es absoluta. Como todo lo humano, toda libertad moral tiene un límite. “Nadie es enteramente libre, socialmente hablando, porque su incondicionada libertad restringiría injustamente otras libertades que deben situarse también en el mismo plano de derechos fundamentales. Nadie puede usurpar lo que son, sin dejar de ser derechos de la persona, valores de los otros y de la sociedad”. (100)

Resulta interesante la apreciación que hace el profesor Desantes a este respecto cuando dice que “como derecho humano la información no es extrínsecamente limitable”; el autor prefiere hablar de “excepciones”, traídas a los casos en los que “el derecho a la información haya de armonizarse con otros derechos humanos que prevalecen sobre él, bien porque están más próximos al

núcleo de la personalidad, como el derecho a la intimidad, bien porque afectan a toda la comunidad, a la que sirve la comunicación, como el derecho a la paz”(101)

El derecho a la información se inscribe así en una sinergia de derechos, estamos con el citado profesor. La información no tiene ni puede tener límites externos porque sería tanto como destruir la comunidad en la que se desarrolla. El párrafo 4º del artículo 20CE se presenta así deficiente, si bien queda soslayada esta deficiencia con el párrafo 2º del art.10: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España “*, y con el art. 53,1 CE: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”* Con ello, el derecho a la información queda protegido teórica y prácticamente en todos sus flancos.

Así pues, afirmamos para concluir, que los límites establecidos en el artículo 20, 4 CE son falsamente limitantes. (102) En el fondo, todos los derechos tienden a la comunicación, de ahí su relación de sinergia.

Así pues, siguiendo este planteamiento, las excepciones -que no límites- al derecho a la información, reconocido y protegido en el texto constitucional, están enumeradas en el mismo art. 20; se refieren a los derechos reconocidos en el Título I y, especialmente, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como a la protección de la infancia y de la juventud.

Requisitos de la noticia serán la *veracidad* de los hechos difundidos y la referencia a asuntos de *interés general* o relevancia pública, objeto de la información. Ambos aspectos son necesarios para que la noticia deba ser protegida.

3.1.- La veracidad, exigencia de la información

La veracidad es el requisito esencial de la información, según el impropio texto constitucional; una condición cuyo cumplimiento corresponde al periodista y sin la cual no habría auténtica información, como hemos venido diciendo hasta aquí. “ La información no veraz no es información -es mentira y, en ocasiones la llamamos desinformación- y no puede obtener el amparo de las leyes sino, precisamente, su persecución y condena “(103)

La veracidad de la noticia implica la buena fe del informador, su actuación conforme a la diligencia del buen *pater familia*; actitud que se traduce en búsqueda constante de la verdad, en compromiso, en fin, de honestidad y honradez en el ejercicio de la profesión.

El TC trata el tema en un nutrido número de sentencias, en las que se puede apreciar, como decíamos, una fluctuación de criterio que no ayuda a la claridad. Valgan ahora algunas de sus afirmaciones, que más adelante tendremos ocasión de examinar aplicadas a casos concretos. Así, mientras en algunos lugares dice que sólo la información veraz “puede encontrar protección en el artículo 20.1,d) CE” (STC 22]1995 FJ1), en otros afirma que “... la veracidad de la información no es sinónimo de la verdad objetiva...” (STC 6]1996. FJ4); o bien que “... La veracidad no va dirigida a la exigencia rigurosa y total exactitud en el contenido de la información...” (STC 320]1994 FJ 3); o cuando habla de informaciones de relieve público y dice que “aunque puedan resultar falsas *a posteriori*, hayan sido diligentemente contrastadas *ex ante* por su agente” (SSTC 6]88, 105]90, 132]95, entre otras.)

También se pronuncia en este sentido Jaén Vallejo cuando dice que es el esfuerzo informativo lo que se exige al profesional de la información. Se trata de comprobar la veracidad de la noticia que va a difundir, “si esta comprobación *ex ante*, es decir, en el momento de ejercitar el derecho, es razonablemente suficiente para dar por acreditada la verdad de la noticia, el informador habrá cumplido con el requisito de la veracidad, aunque después, *ex post*, al contrastar la veracidad con la realidad, se pruebe su falsedad o, sencillamente, no se pueda probar”. (104)

A pesar de esa falta de unidad de criterio del TC, la veracidad, con las características antes apuntadas, -de búsqueda de la verdad aunque no siempre coincida *exactamente* con la ella-, queda planteada como exigencia o requisito interno de la información. Así lo establece la CE, la doctrina y la jurisprudencia, pues cuando la Constitución exige veracidad “ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. ” (STC52]1996. F.2)

3.2.- El interés público de la información

“La idea de “noticia” descansa sobre el presupuesto de poseer un interés general para la opinión pública, pues -para gozar de la protección constitucional- debe cumplir el requisito de responder a “el interés y la relevancia de la información divulgada, como presupuesto de la misma idea de noticia y como indicio de la correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa” (STC 41]94)

El contenido del derecho a la información consiste en hechos, o más concretamente, hechos “noticiables” (STC 6]88) teniendo en cuenta que no puede confundirse el interés público “con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena” (STC 20]92). Es la relevancia pública del hecho o de la persona que en él interviene lo que la convierte en noticia (STC21]92) (105)

La determinación de qué sea interés público o interés general no siempre es fácil. No obstante, según la doctrina mayoritaria, se consideran hechos de interés público aquellos que sirven para la formación de un sentido crítico en los ciudadanos, de manera que puedan apreciar más libremente los hechos, ejercer sus

derechos y obligaciones con la sociedad, posibilitándose así la formación de una opinión pública libre.

Hay que tener en cuenta que el interés público puede tener su origen en relación a la persona que produce la información -personalidad de carácter público- o en el contenido mismo de la información -relevancia pública de la noticia. Es importante esta distinción de personalidad pública o privada a la hora de determinar el ámbito protector de la información concreta. Las personas físicas particulares gozan de un máximo nivel de protección. Las personas públicas, por las tareas que realizan entran de lleno en el campo de las relaciones públicas noticiables, y por tanto su protección resulta ser más restringida; es esta una clara consecuencia de su posición en la sociedad y de la repercusión de sus actos sobre el público en general.

Estamos con Ruiz Vadillo cuando subraya que “nada que sea de interés, que sea noticia, se le puede ocultar al ciudadano que es el verdadero titular de los poderes públicos, nada es ocultable, salvo excepciones cualificadas.” (106)

Pero es sobre todo en los casos de colisión de derechos fundamentales cuando se hace clave la distinción entre personas públicas y privadas. “La valoración o ponderación que ha de hacerse no es la misma cuando se trata de una persona privada que de una pública, pues mientras la primera no tiene por qué soportar invasiones en su honor y dignidad so pretexto de difundir información que carece, en principio, de relevancia pública o interés formativo, las segundas han de tolerar una crítica más profunda, a veces de carácter molesto e hiriente” (STEDH de 8 de julio de 1986) (107)

El interés de la información siempre está relacionado con la formación de la opinión pública. “si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad (expresión desacertada, a nuestro entender, pues la intimidad nunca es comunicable, como veremos) y al honor con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos,

el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refiere, por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia a la formación de la opinión pública". (STC 17]1990,F.51)

Concluyendo, la información debe referirse pues a hechos relevantes para el interés público o bien a hechos o datos privados que tengan trascendencia pública. Este es otro de los flancos vulnerables de la noticia: el difícil equilibrio de la información para no traspasar indebidamente los umbrales de la privacidad, de una parte, y no menoscabar el derecho de los ciudadanos a las informaciones de su interés, de otra.

3.3.- Los derechos personalísimos. La dignidad humana

Los derechos de la personalidad, derecho al honor y a la intimidad y a la propia imagen son excepciones constitucionales del derecho a la información. Se trata de derechos arraigados en la dignidad de la persona y, por tanto, irrenunciables. Derechos reconocidos en el texto constitucional con el mismo rango que el derecho a la información y, por tanto, con idéntica protección.

La colisión entre estos derechos se ha hecho ya característica de nuestra actualidad informativa. Hay jurisprudencia más que suficiente para avalar esta afirmación. La regla general, como hemos venido viendo, es la de prevalencia del derecho a la información siempre y cuando se den las condiciones de verdad de los hechos y relevancia pública de la información.

La exigencia de veracidad ha de afinarse cuando la información puede provocar daño o deshonra: "ha de cumplirse con especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere" (STC52]1996- F.8) ; "las intromisiones en el honor e intimidad personal requieren no sólo que la información cumpla la condición de veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco

del interés general del asunto al que se refiere; de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública sobre el asunto de interés general que es objeto de la información". (STC 171]1990 . F.6º) (STC 138]1996 - F.3)

- El TC confunde la intimidad con la vida privada de relevancia pública, que sí es comunicable. La intimidad nunca lo es; es esa zona personalísima e inaccesible al conocimiento ajeno, si el individuo no lo permite. Toda intromisión en la intimidad será siempre ilegítima. Retomaremos este punto en el lugar referido a la *obtención de información y posterior difusión*. (Parte Segunda)-

Así pues, toda noticia que produzca desmerecimiento de una persona en la opinión pública es, en principio, injusta, excepto cuando se haya ejercido legítimamente el derecho a difundir información, es decir, en concurrencia de determinados requisitos, ya señalados. "El Tribunal Constitucional ha excluido el carácter ilegítimo de la divulgación de hechos concernientes a una persona que pudiera hacerle desmerecer en la opinión ajena, cuando ello pueda entenderse ejercicio legítimo del derecho a difundir información, lo que exige necesaria concurrencia en la noticia de unos requisitos esenciales, según afirma la STC 41]1994 de 15 de febrero, (...) de una parte, el interés público y la relevancia de la información divulgada (...) de otra parte, la necesidad de que la información sea veraz". (108)

Otra cosa es que la misma persona aludida haya provocado la información concreta. Es este un caso repetido en nuestra sociedad, - influida en extremo por el protagonismo de los medios de comunicación.

" Sobre la vida privada de los demás, salvo excepciones muy cualificadas, nadie puede tener un interés legítimo en introducirse en ella, salvo que el afectado sea

quien con su comportamiento ha provocado la noticia o las noticias. (...)”. (109) Una excepción será cuando los determinados actos de la vida privada supongan “una incidencia directa e importante en la vida pública de los pueblos”. (110)

Abundando en este aspecto, afirma el TC “(...) No cabe olvidar que el derecho a comunicar y a emitir libremente información, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar la intromisión en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y desorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección(...) No merecen, por tanto, protección constitucional aquellas informaciones en que se utilicen insinuaciones insidiosas y vejaciones dictadas por un ánimo ajeno a la función informativa o cuando se comuniquen, en relación a personas privadas, hechos que afecten a su honor y que sean innecesarios e irrelevantes para lo que constituye el interés público de la información. En tales casos ha de estimarse que el medio de comunicación no se utiliza con una finalidad informativa, sino “en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información”. (STC 138]1996. FJ.31)

“Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de la valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de otra” (STC 20]1992 - F.31).

“Una vez identificados los derechos constitucionales en conflicto -honor e información- es oportuno recordar que la prevalencia del derecho a comunicar libremente información sobre el derecho al honor, sólo opera cuando existe relevancia pública de lo comunicado y, además, se trata de información veraz”. (111)

Por último, la noticia no deberá utilizar expresiones superfluas para la información que pretende difundir, términos que “ de por sí y de manera innecesaria, afecten con desprecio, insulto o agresión verbal a la persona a la que la información se refiere” (112)

De todo lo apuntado se deduce que la protección de la noticia será reconocida cuando existan tres elementos clave: *el interés público de la información, la veracidad y la ausencia de elementos superfluos en su divulgación.*

Dicho de otra forma, la noticia deberá difundir hechos veraces, noticiables, esto es, de trascendencia pública, necesaria para la formación de la opinión pública y no para satisfacer la curiosidad o morbo.

Cuando la noticia traspasa sus límites e invade otros derechos habrá que dilucidar en cada caso qué extremo prevalece, según los criterios antes apuntados y cuya ponderación corresponde al Tribunal Constitucional. Y en su caso, al Código Penal cuando esa comunicación de hechos constituya delito, produzca daño vulnerando los constitutivos de la misma noticia.

Pero esta frontera suele ser frágil como el cristal. Acertar o no equilibradamente en la difusión de noticias es hoy el primer reto para todo medio de comunicación y en especial para sus profesionales. Los medios de comunicación, bien utilizados, son excelentes instrumentos que, en palabras de Juan Pablo II “pueden cumplir su deber de atestiguar la verdad sobre la vida, sobre la dignidad humana, sobre el verdadero sentido de nuestra libertad y mutua interdependencia”. (113)

En la medida en que en Código Penal protege justamente este ejercicio está protegiendo el derecho de todo ciudadano a la noticia, un derecho que debe tener su protección penal individualizada. Se trata del difícil juicio exacto, sopesando en una balanza la protección de los ciudadanos frente a la prensa, y los intereses de libre discusión que tienen derecho a conocer.

Pues, como bien se ha dicho, las libertades en nuestra historia las marcará el grado de libertad que haya logrado, en cada etapa, la información.

(Anexo)

Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común art.37.1:“Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuren incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los

derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercicio, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que se establecen en los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección, o cuando así lo disponga una ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente, dictar resolución motivada.

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a derecho administrativo

b) Los que contengan información sobre la defensa Nacional o la Seguridad del Estado

c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial

e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria

6. Se regirán por sus disposiciones específicas

a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes

c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral

d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública

e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una ley.

f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local

g) La consulta de fondos documentales existentes en los archivos históricos

7. El derecho de acceso será ejercitado por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquellos a la consulta de los expedientes siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho a acceso conllevará el de obtener copias o certificado de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuanto otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegados por los particulares en sus relaciones con la Administración

(.....)

Real Decreto de Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano. RD.208]1996 de 9 de febrero,

art. 2. 2.: “La información general se facilitará obligatoriamente a los ciudadanos, sin exigir para ello acreditación o legitimación alguna.

2.3: Cuando resulte conveniente una mayor difusión, la información de carácter general deberá ofrecerse a los grupos sociales o instituciones que estén interesados en su conocimiento,

2.4.: Se utilizarán los medios de difusión que en cada circunstancia resulten adecuados, potenciando aquellos que permitan la información a distancia, ya se trate de publicaciones, sistemas telefónicos o cualquier otra forma de comunicación que los avances tecnológicos permitan.

(1) Desantes Guanter, J.M. *Derecho de la Información II. Los Mensajes Informativos*. Colex.Madrid,1994 p.58

(2) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson. Madrid,1998. p.56

(3) Milton, John. *Areopagítica*. Trad. José Carner. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.1976. p.89

(4) Milton, John. *Areopagítica*. Trad. José Carner. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.1976. p.88

(5)Desantes Guanter, JM. *La información como derecho*. Editora Nacional. Madrid,1974.p.31

(6) Batista González, M.P.. *Medios de Comunicación Social y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p.19

- (7)Jaén Vallejo, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex. Madrid, 1992. p. 45
- (8)Desantes Guanter, JM *Derecho de la Información II.Los Mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994.p. 58
- (9) STC 30] 1983 de 23 de noviembre. FJ 4
- (10) Desantes Guanter, JM *Derecho de la Información II.Los Mensajes informativos*. Colex. Madrid,p.92
- (11)Jaén Vallejo, M. *.Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex.Madrid,1992. p.45
- (12) Desantes Guanter, JM. *La información como derecho*. Editora Nacional. Madrid,1974.p.30-34
- (13) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson. Madrid,1998. p.57
- (14)Batista González, M.P. *Medios de Comunicación Social y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p.22
- (15)(STC 6]1981. FJ41)
- (16)Davara Rodríguez, F.J. *Introducción a la medios de comunicación. Los paradigmas de la comunicación*.Paulinas. Madrid, 1990 p.29.
- (17)Benito A. *La invención de la actualidad*.Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p. 93.
- (18)Desantes Guanter,JM. *La función de informar*. Ediciones Universitarias Navarras. Pamplona, 1976. p.192
- (19) Zubiri, X. *El hombre y la verdad*. Alianza Editorial. Fundación Xavier Zubiri. Madrid, 1999. p.17
- (20) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los Mensajes Informativos*. Colex.Madrid,1994 p. 59
- (21) Zubiri, X.. *El hombre y la verdad*. Alianza Editorial. Fundación Xavier Zubiri. Madrid, 1999. p.17 p.25
- (22) Zubiri, X. *El hombre y la verdad*. Alianza Editorial. Fundación Xavier Zubiri. Madrid, 1999. p.34-35.
- (23)Desantes Guanter.JM. *La verdad en la información*. Diputación provincial Valladolid. p.28
- (24) Desantes Guanter. JM. *Derecho de la Información II. Los mensajes informativos*.Colex. Madrid, 1994. p.59
- (25)Desantes Guanter.JM. *La verdad en la información*. Diputación provincial Valladolid. 1976 p.20

- (26) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información. II. Los Mensajes Informativos*. Colex. Madrid, 1994 p. 59
- (27) (STC 39]1995. FJ7
- (28) Batista Freijedo, F. J. Villaverde Menéndez, I. *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998*. Aranzadi. Navarra, 1998 p.64-65
- (29) Bru, M. M. De su ponencia en la "Jornada Mundial de las comunicaciones sociales". Madrid, 28 de abril de 2001.
- (30) Bru, M. M. De su ponencia en la "Jornada Mundial de las comunicaciones sociales". Madrid, 28 de abril de 2001.
- (31) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1976. p. 60
- (32) Djouhri, L. *Etude de quelques aspects de la fausse nouvelle dans la presse*. Bruselas, 1972. p. 107
- (33) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1976. p.56 y 63
- (34) Martínez Albertos, JL. *La invención de la actualidad..* Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p. 260
- (35) Bru, Manuel M. De su ponencia en la "Jornada Mundial de las comunicaciones sociales". Madrid, 28 de abril de 2001.
- (36) Cortina, A. "En ética hay que llegar a consensos definitivos", en ABC. Madrid, 27 de enero de 2002. p.49
- (37) Rojas, E. "El hombre en crisis", en ABC. Madrid 3 de marzo de 2001
- (38) Smith, A. *La política de la información*. Fondo de Cultura Económica. México, 1984. p.287.
- (39) Voyenne Bernard. "La objetividad en la información", en *Nuestro Tiempo*. Pamplona, 1968 p.169-70 y 25
- (40) Ravel J.F. *El conocimiento inútil*. Planeta. Barcelona, 1989. p. 11 y 12
- (41) Hermida, JM. *La estrategia de la mentira. Manipulación y engaño de la opinión pública. De los grandes escándalos financieros al caso Bosé*. Temas de Hoy. Madrid, 1993. p.21
- (42) Toro, H. *La ilusión informativa*. Cali. Universidad del Valle. 1992. p. 14
- (43) Martínez Albertos, JL. *El mensaje informativo*. A.E.T. Barcelona, 1977. p.36-37

- (44) *Estatuto de la Profesión Periodística*. Decreto 774-1967, de 13 de abril. Texto Refundido y Anexo con los Principios Generales de la Profesión Periodística.
- (45) Servais Pinckaers, T. "La conciencia y el error", en *Communio*. Revista Católica Internacional. Segunda época . Año 15. Jul-agost, 1993. p.340
- (46) Brajnovic, Luka. *Deontología periodística*. EUNSA. Pamplona, 1969. p.120-123
- (47) Martínez Albertos, JI. *El mensaje informativo*. A.E.T.Barcelona, 1977. p 60
- (48) Desantes Guanter, JM. *La verdad en la información*. Diputación Provincial de Valladolid. 1976. p.40-43
- (49) Laín Entralgo, P. *El problema de ser cristiano*.Galaxia Gutenberg. Círculo de Lectores. Barcelona, 1997. p. 108
- (50) Brajnovic, Luka. *Deontología periodística*. EUNSA. Pamplona, 1969. p103-104
- (51) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los Mensajes Informativos*. Colex.Madrid,1994 p. 39
- (52) Benito, A. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p.261
- (53) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los Mensajes Informativos*. Colex.Madrid,1994 p 62
- (54) Benito, A. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p.11-13
- (55) Davara Rodríguez, F.J.. *Introducción a los medios de comunicación. Los paradigmas de la comunicación*.Paulinas. Madrid, 1990. p.29
- (56) Cousido González, M.P. *El tiempo en la información.Trascendencia y consideraciones*. Impresur. Granada,1992. p.149-157
- (57) Benito, A. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p.9
- (58) Benito, A. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p.24
- (59) Alvarez, Luciano. *Medios de comunicación y trampas a la democracia*. Humanitas, CLAEH. Buenos Aires, 1990. p.70
- (59 bis) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los Mensajes Informativos*. Colex.Madrid,1994 p. 57
- (60) Benito, A.. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p.14-15

- (61) Dovifat, E. *Periodismo*. Uteha. México,1959.Vol I,p.51
- (62))Herrero Tejedor, F. *Derecho penal para profesionales de la información*. Eurolex. Madrid, 1995. p.205-206
- (63) Herráiz, I.. *Reportalismo*, en Volumen Colectivo de González Ruiz, N. Enciclopedia del Periodismo. Barcelona,1966. 4 edición. p.36-37 y 44
- (64) Martínez Albertos, JL *Curso de Redacción periodística*. 4 edición. Paraninfo. Madrid, 1988. p.288. y *El Mensaje Informativo*. A.E.T. Barcelona, 1977. p.356
- (65) Martínez Albertos, JL *Curso de Redacción periodística*. 4 edición.Paraninfo. Madrid, 1988. p 287-288
- (66)Benito,A *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p.94
- (67) Clause Roger. *Les Nouvelles*. Centre National de diffusion Collective. Editions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruselles.
- (68) Benito, A. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p.90
- (69) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los Mensajes Informativos*. Colex.Madrid,1994 p. 58
- (70) Desantes Guanter, JM. *La verdad en la información*. Diputación Provincial de Valladolid. 1976. p.73
- (71) Klimes,V. "Les moyens d'information et la personnalité humaine", en *Información y persona humana*. Barcelona, 1971. p. 43
- (72) García Méndez, J.F. *La cultura del error*. Planeta, 1997.p. 14-21
- (73) Desantes Guanter, JM.*Derecho de la Información II. Los Mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.61
- (74) Desantes Guanter, JM.*Derecho de la Información II. Los Mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.61
- (75) Aladro Vico, E.. *Teoría de la información y la comunicación efectiva*. Fragua. Madrid, 1998. p.178.
- (76) Benito A.. *La invención de la Actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p. 249
- (77)Soria, C. *La hora de la ética informativa*. Mitre. Barcelona, 1991.p. 91-92
- (78) Desantes Guanter, JM.*Derecho de la informacion II.Los mensajes Informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.60

- (79) Soria, C.. *La hora de la ética informativa*. Mitre. Barcelona, 1991.p. 14-15
- (80) Aladro Vico, E.. *Teoría de la información y la comunicación efectiva*. Fragua. Madrid, 1998. p.179.
- (81) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los Mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p1996
- (82) Soria, C. *La hora de la ética informativa*. Mitre. Barcelona, 1991 p.86
- (83) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la Información*. Dykinson. Madrid, 1998. p.56-57
- (84) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. Ediciones Universitarias Navarras. Pamplona, 1976. p. 61
- (85) Desantes Guanter, JM. *La verdad en la información*. Diputación Provincial de Valladolid. 1976.p. 114
- (86) Guillen Abraham *Técnica de desinformación*. Madrid, Fundación A.Lorenzo, 1991. p.214.
- (87) Benito A. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995. p. 252
- (88) Desantes Guanter, JM. *La verdad en la información*. Diputación Provincial de Valladolid. 1976. p. 82-83
- (89) Marías, J. "Defensa de la verdad", en ABC. Madrid, 10 de noviembre de 2000. p.3
- (90) Soria, C.. *La hora de la ética informativa*. Mitre. Barcelona, 1991 p.86.
- (91) Benito A *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p. 14
- (92) Benito A *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1995. p. 248
- (93) Benito A. *La invención de la actualidad*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1995. p. 257.
- (94) Marías, J. "¿Cómo lo sabe" , en ABC. Madrid, 10 de enero de 2002. p.3
- (95) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los Mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.61
- (96) Sinova J. *El poder y la prensa*. EIUNSA. Barcelona, 1995. p.23.
- (97) Soria, C. *La hora de la ética informativa*. Mitre. Barcelona, 1991.p. 28
- (98) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p. 63
- (99) Ruiz Vadillo, E.. "Libertad de información y el derecho a una información veraz en la jurisprudencia constitucional." Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional

sobre las libertades informativas en el mundo. Facultad de CC.II. Universidad Complutense de Madrid. 28 de octubre de 1997.

(100) Ruiz Vadillo, E. " Libertad de información y el derecho a una información veraz en la jurisprudencia constitucional." Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional sobre las libertades informativas en el mundo. Facultad de CC.II. Universidad Complutense de Madrid. 28 de octubre de 1997.

(101) Desantes Guanter, JM. "El ordenamiento jurídico informativo en España", en *Informe sobre la Información: España.1990*. Revista Situación ,1990-1. Servicio de Estudios del Banco Bilbao Vizcaya. Bilbao.

(102) Desantes Guanter, JM. "Derecho de la información" Ponencia en el Ciclo: Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la comunicación. Facultad de CCII. UCM. 4 de abril, 2002.

(103) Sinova J. *El poder y la prensa*. Ediciones Internacionales Universitarias. Navarra,1995. p. 149-150.

(104) Jaén Vallejo,M.*Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex.Madrid,1992. p.51-2

(105) Herrero Tejedor, F..*Derecho penal para profesionales de la información*. Eurolex. Madrid, 1995. p.205-206

(106) Ruiz Vadillo, E." Libertad de información y el derecho a una información veraz en la jurisprudencia constitucional." Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional sobre las libertades informativas en el mundo. Facultad de CC.II. Universidad Complutense de Madrid. 28 de octubre de 1997.

(107)Vega Ruiz, JA. de. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA.Madrid, 1998. p.44-45

(108)Vega Ruiz, JA. de. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA.Madrid, 1998. p.38-39

(109) Ruiz Vadillo, E. "Libertad de información y el derecho a una información veraz en la jurisprudencia constitucional." Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional sobre las libertades informativas en el mundo. Facultad de CC.II. Universidad Complutense de Madrid. 28 de octubre de 1997.

(110) Ruiz Vadillo, E." Libertad de información y el derecho a una información veraz en la jurisprudencia constitucional". Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional

sobre las libertades informativas en el mundo. Facultad de CC.II. Universidad Complutense de Madrid. 28 de octubre de 1997.

(111) Vega Ruiz, JA. de. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA.Madrid, 1998. p.36

(112) Ruiz Vadillo, E. "Libertad de información y el derecho a una información veraz en la jurisprudencia constitucional." Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional sobre las libertades informativas en el mundo. Facultad de CC.II. Universidad Complutense de Madrid. 28 de octubre de 1997.

(113) Juan Pablo II. Mensaje para la XXXIII Jornada mundial de las comunicaciones sociales de 1999. n.2

PARTE SEGUNDA

NOTICIA Y CODIGO PENAL

I.-NOTICIA Y DELITO: DELITOS COMETIDOS A TRAVES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION

El derecho a la libertad de información, reconocido en el art. 20,d CE, se ejercita habitualmente utilizando para ello los medios de comunicación. En este apartado nos vamos a referir a estos supuestos. En el ejercicio de este derecho los profesionales de la información pueden incurrir, y de hecho sucede, en conductas delictivas. En este sentido hay que distinguir dos casos: los delitos cometidos por los medios de comunicación y los cometidos a través de los medios de comunicación, -de los cuales nos ocuparemos aquí- que siempre afectan al mensaje, es decir, al contenido de la información.

Los primeros, relativos a los aspectos formales, suponen, para Escobar de la Serna, "una transgresión de las normas de policía en la materia, de las condiciones y los requisitos impuestos por las disposiciones administrativas para el ejercicio del derecho. Los segundos comprenden las infracciones que derivan del contenido de los actos realizados a través de un medio informativo que atacan bienes jurídicamente amparados por el ordenamiento legal; concurre aquí la especial consideración del matiz de la publicidad y la difusión del hecho, que viene a añadirse a la de su propia tipicidad genérica" (1).

Para Pilar Cousido los delitos cometidos por el medio de comunicación se refieren hoy "al incumplimiento de ciertos trámites legales, por parte de la empresa, previos o coetáneos a su funcionamiento o actividad, mientras que los delitos cometidos por medio de la información suponen un daño a bienes jurídicos tutelables, como cuando los derechos fundamentales sufren un menoscabo a raíz de un mensaje informativo"(2)

Ambos autores vienen a subrayar de modo similar la diferencia entre los supuestos delictivos cometidos por el medio o a través del mismo, diferencia fundamental a la hora de abordar el tema que nos ocupa.

1.- La importancia de la actividad informativa.

Si bien es verdad que el protagonismo creciente de los medios de comunicación en el momento actual exige de sus profesionales una mayor responsabilidad, no es menos cierto que los *medios* juegan hoy un papel primordial en la construcción de la sociedad, que no siempre resulta suficientemente reconocido. Mas bien se puede apreciar una cierta desconfianza hacia la realidad mediática y hacia sus profesionales, en muchas ocasiones injustificada, fruto de una errónea interpretación o desconocimiento de la realidad informativa.

Como afirma Escobar de la Serna “la importancia de la actividad informativa y la trascendencia social que el proceso informativo comporta, hacen especialmente sensible en este campo la necesidad, como elemento inseparable e imprescindible, de la responsabilidad. El derecho a la información, como requisito fundamental de la libertad del ser humano, requiere la contrapartida obligada de su conducta responsable”(3)

Esto supuesto, la responsabilidad del periodista está íntimamente relacionada con la función que cumple en la sociedad, y con las expectativas de los ciudadanos sobre los medios de comunicación. Dichas actividades profesionales “se justifican socialmente porque satisfacen unas necesidades de información y comunicación del ciudadano. En unos casos esas necesidades las plantea quien desea recibir una información, en otras, el que demanda un servicio profesional de comunicación porque pretende hacer llegar una información a un determinado sector de la población. Todas son necesidades informativas y comunicativas”(4)

El profesional de la información actúa como delegado de la sociedad para satisfacer su derecho a la información, que por sí sólo no podría cubrir el ciudadano. La función de los medios de comunicación es así, entre otras, la de permitir la participación del ciudadano en la vida social y política. “Al periodista se le pide saber comprender lo que está ocurriendo a su alrededor y saber

transmitirlo de forma clara, precisa y contextualizada. No es suficiente con que difunda datos; los ciudadanos quieren el significado de los datos; y eso exige conocimiento de la realidad sobre la que se informa" (5)

Lo expresa el profesor Desantes cuando afirma que "Lo que caracteriza la profesión informativa es que cumple el deber de hacer eficaz un derecho. Es decir, el núcleo fundamental del periodismo es el deber de informar. Tal deber, sigue diciendo, tiene un conjunto de manifestaciones concretas con las que se encuentra el periodista en su tarea informativa y por cuyo cumplimiento o incumplimiento responde". (6)

"En tal sentido -reitera el TC- ha dicho este Tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión e información alcanza su máximo nivel cuando se ejercita por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción" (STC 165/1987)

A este tenor afirma Ruiz Vadillo que "si el informador actúa dentro de las coordenadas que son propias y naturales de una actividad tan noble e importante, no es pensable que alcance con su actividad el campo de la responsabilidad civil autónoma (art.1902 del CC y Ley especial) y menos aún de la responsabilidad penal. En la actualidad -sigue diciendo el desaparecido Magistrado- el tema, merced a una doctrina muy consolidada del Tribunal Europeo de derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, especialmente en sus Salas Civil y Penal, ofrece unos contornos de certeza, que es sinónimo de garantía, muy grandes(...)

No cabe hablar de delito salvo que en el discurso se incluyan expresiones falsas respecto a la existencia de un delito, o descalificaciones o insultos innecesarios" (7)

Cuáles sean esas coordenadas "propias y naturales" -y en concreto las que establece el Código Penal- dentro de las que deba actuar el informador, en este

caso, cuando difunde noticias, es algo que trataremos de desvelar a lo largo de este trabajo.

Así veremos si en realidad nuestra ley penal favorece la actividad informativa o en su articulado se observa aquélla desconfianza hacia los medios de la que se hablaba más arriba.

2.- No todo lo que ocurre debe difundirse

El tema de qué noticias deben difundirse y cuáles no, es de suma importancia y en ello está centrada buena parte de este estudio. No todo lo que ocurre debe ser difundido, porque, si bien la información es un componente básico para la opinión pública y la participación social, “no todo mensaje tiene relevancia para formar la opinión”, además, “la comunidad no se sostiene tan sólo por la opinión pública sino primordialmente por el orden” (8)

En este sentido, la responsabilidad de los profesionales de la comunicación y, sobre todo, de quienes los dirigen, es grande, pues aunque la justificación sobre los contenidos que se sirven en la prensa se centra a veces en las demandas del público, en realidad son los periodistas los que seleccionan y deciden la parte de la actualidad sobre la que el público puede elegir.

A este tenor, Rodríguez Pardo, reconociendo la labor de los periodistas que ejercen en nombre de todos el derecho a la información, se pregunta si ese ejercicio responde a los deseos de los auténticos titulares de ese derecho y si algunos contenidos deberían mantenerse ocultos por el bien de la sociedad o la protección de la dignidad de las personas. “Ciertamente el público no elige qué noticias ni en qué modo deben imprimirse en los periódicos. Sabido es que no todo lo difundible debería ser difundido; así se pregunta también el autor citado ¿debe filmarse los sufrimientos de una niña ahogándose en un barrizal para ilustrar los efectos de una catástrofe natural?, ¿es la búsqueda del rostro humano de la noticia

una fórmula para alcanzar el impacto en la audiencia al margen de su valor informativo? "(9)

Preguntas todas no fácilmente contestables desde la ley, pues ésta no podría tener en cuenta toda la casuística factible. Es aquí donde la ética adquiere un papel primordial, y la honestidad y la conciencia del informador deberán autocontrolar sus decisiones hacia el bien común. En este sentido creemos que no siempre se puede apelar sólo a la ley o los tribunales sino también al profesional, al medio y a la sociedad misma, pues como ha afirmado recientemente José Antonio Zarzalejos "no habrá una comunicación vertebrada en torno a criterios, valores y principios en una sociedad en la que se apoye un periodismo sin esos principios deontológicos". (10) Y es que, en definitiva las sociedades son las que "dictan" sus propias normas deontológicas que determinan hasta dónde llega el derecho a la información y dónde empieza el morbo.

Naturalmente, los profesionales de la comunicación, como personas humanas, no son una excepción ante la posibilidad de equivocarse, e incluso de delinquir. Y la influencia de su actividad en los campos económico, político y social, y el riesgo de que la información atente contra los bienes legalmente protegidos, convierte a los informadores en verdaderos "focos de atención jurídica" (11) De ahí la importancia de preservar la comunicación pública libre, "sin la cual, afirma el TC, no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular (...) preservación que exige, sigue diciendo, la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, pero también (...) una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven" (STC6]1981. F.3)

3.- Regulación en el CP de 1995.

En cuanto a la regulación penal de la actividad informativa, recordemos que el debate sobre el sistema de sanciones para los delitos cometidos a través de los medios de comunicación ha sido amplio en España, sobre todo a lo largo del

siglo XIX, siempre sopesando la conveniencia de dar un carácter especial a los delitos de imprenta o una legislación paralela al mismo C.P. De forma general, excepto alguna etapa histórica, el debate se resolvió favorablemente a las libertades informativas. Hoy “ la libertad de expresión ejercida por medio de la imprenta no puede tener otros límites que los representados por la comisión de los delitos previstos en el CP, excluyendo cualesquiera otras sanciones que pudiera contemplar una ley especial, todo ello sin perjuicio naturalmente de la responsabilidad civil que se derive de la conducta periodística”(12)

En la actualidad, según se desprende del Código Penal, art.30, los delitos cometidos por los medios de comunicación son aquellos que implican publicidad. Sobre el término “publicidad” y su utilización en este Código, nos extenderemos a la hora de analizar el delito de calumnia y el de injuria “con publicidad”, en la Parte Segunda. No obstante, discrepamos desde este momento del planteamiento de este término en el texto penal. La publicidad responde a un concepto empresarial.

En el nuevo CP no hay ningún capítulo dedicado a los delitos informativos; no hay mención de conducta tipificada y referida sólo a una persona, -como elemento subjetivo del tipo- que sea periodista, no obstante, a través de su articulado sí puede adivinarse -como se verá- que el legislador se está refiriendo a los profesionales de la información aun sin nombrarlos.

En el CP, las referencias a conductas delictivas susceptibles de ser desarrolladas a través de los medios de comunicación se encuentran dispersas a lo largo del texto legal, en diferentes títulos:

- Delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen (Título X)
- Delitos contra el honor: calumnia e injuria (Título XI)
- Difusión de noticias falsas para alterar el precio de las cosas. (Título XIII)
(También los delitos relativos a los derechos de autor, publicidad engañosa - Título XIII - que no entran en el ámbito de nuestro estudio, y por lo tanto, no los trataremos.)
- Delitos contra el honor y la imagen de la Corona y referidos a la Familia Real (Título XXI)
- Delitos contra el honor de las Instituciones del Estado. (Título XXI)
- Delitos contra la Constitución: Difusión de informaciones xenófobas contra sentimiento de grupos, minorías o creencias religiosas (Título XXI)
- Delitos contra el orden público: Comunicación falsa de la existencia de explosivos. (T. XXII)
- Delitos relativos a la defensa nacional: Noticias falsas difundidas en el extranjero por un español (Título XXIII)

Estamos con Azurmendi en que “Será necesario esperar la aplicación jurisprudencial del texto para poder hacer una valoración correcta de los nuevos delitos informativos. La integración de aspectos más tradicionales con otros innovadores, cumple la difícil función de intentar dar respuesta a las nuevas situaciones planteadas por el desarrollo tecnológico, el incremento de las actividades mediáticas y, en general, por el insustituible papel de la información en nuestra sociedad”. (13)

El CP presenta otras novedades, que iremos estudiando a lo largo de estas páginas, que repercuten en las posibles conductas delictivas desarrolladas a través de los medios de comunicación: desaparece la necesidad del *animus injuriandi*, se impone el criterio de la “gravedad” en las injurias con publicidad, desaparece la difamación y el desacato, entre otros supuestos.

Por otra parte es importante subrayar respecto de estos delitos, que en el Código se mantiene como “causa de justificación” el ejercicio legítimo de un derecho. El art. 20 establece “Están exentos de responsabilidad criminal:
7º.- El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. El legítimo ejercicio de un derecho es por tanto una causa de justificación de la conducta típica, esto es, en caso del periodista, siempre que ejerza su actividad informativa.

3.1.- Los Autores

El art.30 CPN se refiere a los responsables de los delitos cometidos a través de los medios de comunicación y dispone que en estos delitos no responderán criminalmente los cómplices ni quienes los hubieren favorecido , mientras que el anterior Código Penal decía, refiriéndose a este punto, que de estas infracciones sólo responderán los autores (art. 13); con lo cual en el nuevo CP se modifica el régimen de participación.

Para advertir la novedad de la normativa actual respecto a estos delitos, partimos del art. 27 CP en el que se dice que “ son responsables de los delitos los autores y los cómplices”. Pero si se trata de delitos cometidos a través de un medio de comunicación, el Código excluye a los cómplices de la responsabilidad criminal. Por su parte, el art.28CP determina quiénes sean autores:

“quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”

El Código concreta después la responsabilidad de los autores, en el caso de la información, en el art.30:

“1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente”.

El Código derogado decía art. 13:

“Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite su publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores”

3.2.-En favor de la libertad de expresión e información

Así pues, el art. 30. ha invertido la redacción respecto del art. 13 del código anterior, modificando el régimen general de participación. Pues, mientras en este último se decía: que “sólo responderán los autores”, en el nuevo texto se establece de forma negativa, es decir, excluyendo de la pena a los cómplices y encubridores .

En este artículo se puede apreciar una innecesaria reiteración, pues no responderán “ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente”. Parece que quienes favorezcan la acción se convierten también en cómplices, con lo que sobraría la mención expresa de aquellos últimos.

Se ha operado aquí una restricción de la responsabilidad. La mayoría de la doctrina interpreta dicha restricción como una salvaguarda de la libertad de expresión e información; efectivamente, dice Rodríguez Devesa, “la exigencia de responsabilidad a todos los partícipes supondría un gravísimo obstáculo para el desarrollo de los medios de comunicación” (14)

En el mismo sentido se manifiesta Batista González al afirmar que “Esta interpretación supone una salvaguarda de la libertad de expresión e información, como derechos básicos y verdaderos pilares de toda sociedad democrática. La exclusión de cualquier forma de participación, supone un más fácil acceso a los medios y garantiza una mayor libertad en el ejercicio del derecho de libertad de expresión al tiempo que allana el camino para la desaparición de cualquier tipo de censura previa en el seno de la empresa difusora por miedo al castigo” (15)

También señala Serrano Butragueño cómo la jurisprudencia se ha venido pronunciando en este sentido de forma reiterada. El Tribunal Supremo declara en la STS de 3 de junio de 1983, “que el art. 13 (CP anterior), prescribe una norma que procede del CP de 1870 y, conforme a la cual, de los delitos y de las faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad,

responderán sólo los autores; no encontrando la doctrina científica otra explicación para tan extraño precepto que excluye de toda punición a los cómplices y a los encubridores, que la de constituir una de las expresiones más puras de los principios liberales sobre la libertad de imprenta” (16)

Asímismo la jurisprudencia del Supremo reitera su postura en favor de la libertad de información. La STS de 25 de noviembre de 1988 dice: “La extensión de la responsabilidad criminal a todos los partícipes en este tipo de actuaciones, obstaculizaría el normal desarrollo de los medios de comunicación e impediría el eficaz desenvolvimiento de la información, uno de los pilares básicos en una sociedad democrática”.

Coincide con esta opinión Gómez Tomillo para quien se trata de evitar un ahogo de las libertades de expresión e información; y bien que para dicho autor la redacción del precepto no resulta afortunada: Al disponer que en este tipo de delito no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieran favorecido personal o realmente, “de acuerdo con la literalidad de la norma puede haber la duda de si el favorecimiento se refiere al delito o falta, o al cómplice. Esta ambigüedad resulta innecesaria. En cualquier caso, lo que se favorece no es el delito ya realizado y en el cual no cabe ya la participación, como puede derivarse de la dicción del precepto, sino al delincuente.” (17)

Sin embargo, parece que no combina mucho con este espíritu de liberalidad informativa el hecho de que el nuevo Código haga responsables a los *inductores*, pero así lo establece al afirmar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 28, responderán “los que hayan redactado el texto y quienes les hayan inducido a realizarlo” (art.30,2).

La norma supone una ampliación del ámbito de responsables de estos delitos, en comparación con el CP derogado. En éste último sólo se consideraban autores a los *autores del texto*, escrito o estampa. Y así, conforme a ello lo consideraba la jurisprudencia (SSTS de 10 de julio de 1985, 25 de noviembre 1986 y 12 de febrero 1990) “En cuanto a las personas que la ley reputa responsables de esta clase de

infracciones, cometidas “utilizando medios o soportes de difusión mecánicos”, afirma Tasende, nuestro CP , en su art.30, 1 y 2, considera como tales a los “autores directos o materiales” que “hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate”, y a los “inductores”, quedando, por el contrario, excluidos de responsabilidad criminal los cooperadores necesarios, y los cómplices o favorecedores del hecho. Esta normativa supone una ampliación de la esfera de la punibilidad con respecto a la legislación anterior, (arts. 13 y 15 CP derogado) que sólo consideraba responsables de estas infracciones a los autores directos o inmediatos y no a los inductores. (SSTS de 3 de junio de 1983, 16 de mayo de 1989 y 12 de febrero de 1990)" (18)

Para Vives Antón este cambio se debe a dos razones. Si antes, expone en la primera, se sancionaba como responsable penal sólo al propio autor era con la intención de que “ él mismo se librara de presiones o de inducciones a la hora de escribir, al asumir en solitario la responsabilidad de su escrito. Desde otra perspectiva el legislador de 1995 pretende ahora frenar la inducción sobre el autor de la publicación o difusión haciendo recaer la responsabilidad criminal también sobre los inductores (...)

La segunda razón viene a ser de orden técnico pues si uno da las ideas y el otro las pone en el papel (o las difunde) parece muy discutible afirmar que sólo éste último es, en puridad, autor del delito". (19)

Sin embargo, como subraya Serrano Butragueño, la responsabilidad no se extiende al *cooperador* necesario, por cuanto “cuando el autor real, como en este caso, es conocido y ha sido condenado -declara la STS de 25 de nov, 1988-, sólo responde aquél del escrito impreso y difundido, puesto que, de acuerdo con una larga tradición legislativa, en estos supuestos se establecen unos principios específicos afectados a la autoría que tienen como finalidad precisar de manera general su concepto con el fin de delimitar en grado máximo la interpretación del mismo -STC 159/1986 de 12 dic.-, sin que pueda utilizar la vía del nº 3 del art.14

(CP anterior) como hace la sentencia recurrida, para construir una autoría por participación necesaria, en función de la actividad indispensable desarrollada por el proceso recurrente, sin la cual no se hubiera producido el resultado” (20)

La única ventaja que parece ofrecer esta norma puede estar referida a la menor dificultad para identificar a los autores, y evitar que todas las personas que participen en una publicación concreta puedan resultar sancionadas; evidentemente, esto último iría en contra de la misma publicación y podría abrir la puerta a la autocensura por temor a ser incriminada.

3. 3.-La responsabilidad en cascada

El citado art.30.2 y 3 mantiene, como el anterior texto penal, el sistema llamado de “responsabilidad escalonada o “en cascada”, excluyente y subsidiaria”, pero con ciertas novedades dignas de resaltar aquí.

Art.30.2. “ Los autores a los que se refiere el art.28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

- 1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.*
- 2º. Los directores de la publicación o programa en el que se difunda.*
- 3º. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora*
- 4º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.*

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el

número inmediatamente posterior”.

El art. 15 del CP derogado, al que substituye el art. 30 del CP vigente, decía:

“Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el art. 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquellos no fueran conocidos o no estuvieran domiciliados en España o estuvieran exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al art. 8 de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal..., y en defecto de éstos, los impresores”

Las diferencias entre uno y otro artículo tienen cierto relieve como señalan Manzanares y Cremades, ya que “constituyen el punto final de sucesivos retoques de los trabajos prelegislativos desde 1980. En realidad, el art.15 del Código anterior procedía del art. 14 del Código de 1870, a través del art. 15 del Código de 1932. La doctrina venía entendiendo que a su tenor sólo respondían los autores en sentido estricto (los que realmente lo hayan sido el texto escrito o estampa publicados o difundidos) (...) En todo caso, la responsabilidad en cascada pasaba de aquellos autores a los directores de la publicación, a los editores y, finalmente, a los impresores. La subsidiariedad dependía de que el situado en el escalón superior fuese desconocido, no estuviese domiciliado en España o se encontrara exento de responsabilidad criminal conforme al art. 8 del mismo Código (...)”

En el art. 30 del CP nuevo, -siguiendo siempre a estos autores- aunque se conserva el efecto de “cascada” cuando hay declaración de rebeldía o residencia fuera de España, la referencia a “cualquier otro motivo” va acompañada de la

excepción consistente en “la extinción de la responsabilidad penal”. La exclusión expresa de los cómplices y de los favorecedores personales o reales es una constante desde la propuesta de 1983”. (21)

Según Tasende, esta norma no se debe interpretar en el sentido de que sólo los castigados en primer término serán los autores reales del delito, siendo ficticia la responsabilidad atribuida a los demás, al margen de cualquier forma de participación en el hecho, ya que esto vulneraría el principio de presunción de inocencia. “La interpretación del precepto (...) consiste en que, para ser responsable conforme al art. 30,2 del CP, es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º. Reunir alguna de las cualidades que en el mismo se indican; 2º. Que no pueda perseguirse penalmente a ninguna de las personas previamente mencionadas en la norma; y 3º. Ser propiamente autor, conforme al art. 28 CP, o sea, al menos cooperador necesario, con independencia de la autoría que a su vez pudiera corresponder al redactor o productor material del texto o signo. En este sentido, la redacción del art. 30,2 CP es más clara que la del antiguo art. 15, al exigir expresamente la cualidad legal de autor para declarar esta responsabilidad subsidiaria”. (22)

Gómez Tomillo insiste en que el nuevo CP ha querido trasladar la interpretación que hacía la doctrina del antiguo Código (arts. 12 y 13), pues parece que la intención del legislador fue que las personas incluidas en la norma, sobre todo los que figuren después del autor del texto, fueran sancionados cuando su comportamiento sea susceptible de ser penado como autor, cooperador necesario o inductor. “Sostener que cuando el art.30 habla de *los autores a los que se refiere el art.28...* incluye exclusivamente a los autores en sentido estricto supondría una restricción de la responsabilidad más amplia de la que es necesaria de acuerdo con el tenor del precepto. Una interpretación del art.30 restrictiva, como corresponde a una norma de carácter excepcional, lleva a la necesidad de defender que no es posible que se castigue a directores de publicación o programa, etc., sólo cuando

son autores en sentido estricto -lo que será lo más normal, por otra parte-, sino también cuando no lo sean, pero puedan considerarse como inductores o cooperadores necesarios” (23)

El Tribunal Constitucional, refiriéndose al elenco de responsables que establece el art. 30 dice: “Periodistas han de ser también los directores de las publicaciones periódicas y agencias informativas, con derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico(...) Pero no termina aquí el elenco. Viene a continuación el editor, que saca a luz pública una obra, valiéndose de la imprenta o cualquier otra modalidad de las artes gráficas (...) cuya facultad más importante, inherente a su condición, consiste en seleccionar los textos para publicarlos. Este grupo de personajes, más el impresor, son a su vez, los eventuales autores de los delitos que se cometan por medio de la imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción...”(STC 176/1995. F.2) .

Dicha responsabilidad se justifica “en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del editor, o del director, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información que se publica” (STC171/1990 F.J. 3. Caso Patiño. El País).

(Sobre la participación y culpabilidad personal del director o responsable, se pronuncia también la STC 20 de julio de 1993)

Batista opina que la redacción del art.30.2.1º no es acertada. “En primer lugar porque en los delitos que consistan en la publicación, sólo podrá ser reputado autor quien domina el hecho de la publicación, que evidentemente puede ser un sujeto distinto al redactor del texto o productor del signo; en segundo lugar y en los delitos que tipifican propiamente la elaboración espiritual dañosa para el bien jurídico, hay que tener en cuenta que lo decisivo, no es la realización de la propia mano sino el hecho de la creación espiritual a la que el autor se siente obligado” (24)

Y refiriéndose a la coautoría de estos delitos, Gómez Tomillo afirma que “es una acción claramente típica la de aquellos que, actuando dentro de los procesos de publicación previos a la impresión o grabación, ejercen directamente la capacidad de decisión sobre la publicación de un determinado contenido de pensamiento. La mayor parte de las veces no existirá un acuerdo previo entre quienes realizan el delito base, quienes se encargan posteriormente de decidir su publicación y quienes realizan las conductas de impresión o grabación, almacenamiento, transporte, distribución y venta.” (25)

Todo lo anterior levanta ciertas sospechas sobre la validez y eficacia de la responsabilidad en cascada. Desde la perspectiva apuntada, el establecimiento de este tipo de responsabilidad puede ser peligrosa; una “verdadera lotería criminal” (STS de 24 de nov. 1989) que a veces se puede presentar incompatible con el principio de responsabilidad criminal por los propios hechos y la culpa del autor.

“No cabe duda, dice Ortego Costales, de que se trata de una responsabilidad subsidiaria para evitar la impunidad”. (26) Y en el mismo sentido de averiguar quién sea el autor, se manifiesta Rodríguez Devesa (27)

El problema que presenta la responsabilidad escalonada es que llegado el caso pudiera responder una persona por algo que, en verdad, ha realizado otra, contradiciendo, de alguna manera, el principio de culpabilidad. El nuevo Código no parece solucionar el tema de forma clara, a pesar de que la jurisprudencia ha afirmado que “ tal responsabilidad, que inicialmente se configura en nuestros códigos históricos con tintes objetivos, no puede hoy quedar excluida del principio de culpabilidad (*nemo crimen sine culpa*) imperante en nuestro derecho punitivo de un modo reforzado y expreso tras la redacción dada al art. 1º CP por la reforma de 1983” (STS de 14 de julio de 1993)

“La doctrina de esta Sala -señala la STC de 31 de enero de 1992- ha recogido que la consagración del principio de culpabilidad hace que deba (...) exigirse en todo caso el dolo o la culpa, al menos, para la incorporación de la persona al círculo

de responsables, que jamás podrían serlo por la sólo circunstancia de que el verdadero autor sea desconocido o se halle fuera de España, o estuviere exento de responsabilidad...”

Da la impresión de que lo que se intenta aquí es evitar el delito anónimo, es decir, de autor indeterminado o no localizable, algo a lo que se presta, por otra parte, el contexto en que se desarrolla la actividad periodística como proceso colectivo que es y en el que interviene un número considerable de persona. El problema de responder por los actos que otro ha cometido no parece resuelto bien en el Código, según nuestro entender. Llevado al extremo esto se prestaría a casos tan injustos como el de una persona de escasos principios éticos que provoque a un periodista a escribir sobre un tema concreto e indeseable. Este instigador quedaría impune según la ley, cuando en realidad es el verdadero responsable, o al menos, también debería responder. Pero para ello se necesitaría considerar autor real a los instigadores o cooperadores necesarios, cosa que ha desaparecido en el actual CP.

3.4.- El director del medio debe responder

El director del medio informativo es el responsable en concepto de autor de todo lo que se publique en dicho medio, incluida la publicidad. En caso de no estar presente, deberá recaer sobre quien ejerce sus funciones en el momento de producirse la información o la publicidad delictiva.

Así lo manifiesta la STC 22/1995 (Caso Revista *Interviú*):

“Ha de tenerse en cuenta que al ser desconocidos los autores materiales del reportaje, la responsabilidad penal sólo podía exigirse del director de la publicación; y dado que éste se encontraba de vacaciones al tiempo de publicarse el reportaje y no pudo, según se tuvo por acreditado, tener conocimiento de la misma, la responsabilidad debería imputarse a quien en aquel momento ejercía las funciones directivas, esto es, al señor B.R., encargado de la redacción en la que se confeccionó el reportaje, y respecto de quien se tuvo por probado que actuó con el

dolo o, cuando menos, la culpa suficiente a los efectos de tenerle por autor criminalmente responsable del delito imputado”.

También Carreras se manifiesta en este sentido: “Cuando no conste la fuente de información de una noticia, se entiende que el director la ha obtenido a través de fuentes propias (art.38 Ley de Prensa). La figura del director del periódico ha de entenderse aquí como la de la persona realmente responsable del contenido de la publicación en el momento de la comisión del delito, que por ausencia del director titular puede ser quien realiza sus funciones.”(28)

Cuando el medio autoriza la publicación de un escrito procedente de persona ajena al mismo, el TC exige al director la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta antes de autorizar su publicación.

Dicha responsabilidad se justifica “en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del editor, o del director, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información que se publica” (STC171/1990 F.J. 3.º Caso Patiño". El País). El "Caso Patiño", respecto al cual el TC otorgó el amparo, trata de la posible intromisión ilegítima a partir de las informaciones publicadas en un periódico acerca del piloto de un avión siniestrado.

Jiménez Asenjo afirma, que “la vigilancia eminente que estos cargos han de ejercer sobre sus publicaciones no les autoriza a seguir un desconocimiento inocente de lo que en su propio diario se ha verificado por lo menos a título de negligencia o complacencia punible”. (29)

Así señala Serrano Butragueño, dentro de la casuística, algunas resoluciones orientadoras:

- Se condenó al director adjunto de un Diario en Andalucía, por un editorial o suelto “injurioso” que no llevaba firma de autor alguno (STS nov. 1989)

- Se condenó al Director del “Diario 16” de Sevilla, por un artículo “injurioso” titulado “El Gol del Gobernador”, aunque el condenado sólo había intervenido en la redacción del preámbulo (STS 16 de may. 1989)

- Se condenó al Director de una revista por unos reportajes y unas fotografías “injuriosas” insertas en el interior de la misma, que no iban firmadas. (STS de 19 nov. 1984) (30)

También traemos el caso del director en funciones del diario “Alerta” de Santander, condenado por una “carta injuriosa” remitida a la sección de “Cartas al Director”, por un tal “Arturo R.”, por no cerciorarse de la identidad el autor de la carta (STC 336]1993, de 15 de noviembre: “*Lo que cobra Hormaechea*”). El TC expresó lo siguiente: “...El recurrente, al autorizar como director en funciones del diario “Alerta” la publicación de la carta, sólo se ha limitado, sin agregar ningún juicio ni opinión propia, a dar difusión a esa opinión ajena al medio, por estimar que es relevante en relación con el debate político en aquel entonces existente en Santander. Por tanto, ello sitúa al recurrente, *prima facie*, no en el ámbito del derecho a la libertad de expresión sino en el derecho a comunicar libremente información veraz (...) Sin embargo, - añade más adelante- el recurrente, aun ejerciendo *prima facie* el derecho a comunicar información veraz, ha incumplido el deber de diligencia que le correspondía y (...) al autorizar la publicación de la carta al director en estas circunstancias es evidente que no ha actuado dentro del ámbito constitucional del derecho a la información...”(STC336] 1993. FJ7)

Todo ello a pesar de que “Es evidente que los directores de los medios informativos no adquieren la misma responsabilidad por la publicación de los escritos elaborados por los profesionales que en ellos trabajan que por los contenidos de los enviados a los lectores de las secciones determinadas a recoger opiniones e informaciones, en principio ajenas a la línea editorial de los medios” (STC 336]1993. JF 2)

Es decir, que “el deber de diligencia del director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación” (STC 336]1993. JF 2); pues ello permite que ésta asuma su responsabilidad en caso de que la carta sea constitutiva de delito, de lo

contrario “se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado” (STC 336]1993. JF 7)

Una sentencia posterior arroja cierta claridad sobre este asunto “La anterior doctrina no lleva necesariamente a estimar que la acción del medio autorizando la publicación de una carta al director procedente de persona que no resulta identificada, entrañe, en todo caso, la responsabilidad de aquél y que a este fin sea suficiente la verificación de que no ha existido esa diligencia específica. Pues cuando se trata de enjuiciar una posible lesión del derecho al honor de una persona por el escrito ajeno que el medio ha publicado, lo decisivo es no sólo el hecho de la publicación sino determinar, en relación al contenido de dicho escrito, si se ha producido o no la vulneración de ese derecho fundamental” (STC 3]1997. FJ3 y 6)

Cuando el director, como el periodista, obra “en cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho” (art. 20.7 CP) no hay lugar para responsabilidad, si se demuestra que ejerció correctamente el derecho a la información.

Por lo tanto, en la determinación de que una noticia o un reportaje merece o no el reproche penal habrá que constatar con carácter previo si esa información encuentra respaldo en el art. 20CE. En caso afirmativo no puede existir delito pues en la conducta enjuiciada concurre causa de justificación, esto es, el ejercicio legítimo de un derecho constitucional. En caso contrario habrá vulneración de la ley penal, que podría darse incluso con independencia del ánimo del sujeto activo.(31)

Como no resuelve este artículo 20,7 cuáles sean las condiciones de legitimidad de cada derecho ejercido, éstas se harán depender de las características propias de cada uno de ellos. Así, para que sea aplicable esta causa de exclusión de antijuricidad en el ejercicio de la libertad de información, es preciso que se haya ajustado a los requisitos exigibles constitucionalmente de la veracidad, el

interés público y la proporcionalidad. Cuestión de difícil probanza en la práctica, como se ha visto, sólo hace falta repasar las diferentes resoluciones del TC para llegar a esta conclusión.

Relacionado con la responsabilidad del director, hay que considerar lo que se ha venido llamando *principio de confianza*, esto es, el director de un periódico actúa basándose en la fiabilidad de equipo, periodistas, redactores, colaboradores. No podría el director de un medio de difusión diaria y de volumen considerable revisar una a una todas las informaciones que se han de publicar cada día, pues eso haría imposible la salida cotidiana del medio en cuestión. Precisamente de ello trata la STS de 14 de julio de 1993 al analizar la responsabilidad penal del director del medio "... el que se den las condiciones legales para poder exigir la responsabilidad penal del director del medio en que el texto se publicó no quiere decir que tal responsabilidad exista(...) Si el acto se ha realizado en el ejercicio del derecho fundamental a transmitir información veraz, el deber de diligencia de los directores de los medios periodísticos -en especial los de cierta entidad, profuso contenido y diaria difusión, como el de autos- tiene que ser valorado y exigido en el ámbito de su función y en forma acorde a como ésta es ejercida. Función que, por su naturaleza coordinadora y el carácter de inmediatividad y urgencia que la publicación diaria del periódico impone a la tarea de selección de noticias y textos, ha de desarrollar conforme al llamado *principio de confianza*. Ello quiere decir que al director del medio no le es exigible que contraste una por una la veracidad de toda la información a publicar, exigencia que haría imposible la tarea y la publicación del total de la información disponible, sino que en esa función de seleccionar lo publicable inevitablemente ha de confiar en la fiabilidad de las noticias o informaciones que provienen de ciertas fuentes periodísticas, a las que por experiencia o conocimiento previo puede atribuir condiciones de responsabilidad, seriedad y credibilidad suficientes como para no hacer precisa una comprobación complementaria. Entre esas fuentes están los corresponsales y

los colaboradores del periódico cuando son conocidos del director su profesionalidad y la veracidad reiterada y habitual de las informaciones que proporcionan. Siendo de destacar además que la fiabilidad y veracidad de la información ha de juzgarse en su conjunto o totalidad (STS 20-4-89), sin que el director pueda entrar a comprobar detalles aislados que en las mismas se contengan. (...)

Conforme a este criterio y como resalta la sentencia recurrida, el reportaje de autos fue seleccionado por el jefe de área y aceptado por el subdirector del diario y no fue rechazado por el acusado a la vista de la fiabilidad que le merecía el autor del mismo, asiduo colaborador del periódico y especialista en el tema del narcotráfico. A ello ha de agregarse que el conjunto del reportaje, de gran extensión, era verídico y con gran número de detalles ciertos y previamente conocidos y hasta publicados, y ya dentro de él la referencia a los querellantes constituía un breve párrafo y tenía un carácter accesorio. Todo lo que excluye falta de diligencia en el director acusado, al ejercer el derecho a informar verazmente a sus lectores sobre un tema que era de interés general..." (STS de 14 de julio de 1993)

Pero con el código en la mano, es difícil aplicar esta lógica pues no se contempla esta posibilidad referida a los medios de comunicación. El art.30CP dispone de forma tajante como autores responsables de los delitos cometidos por los medios, -después de quienes hayan redactado el texto o inducido a ello-, a los directores de la publicación. No se cuenta aquí con que la necesaria confianza en la actuación del director del medio, restare responsabilidad al mismo, y por lo tanto, pudiera llevar a reducir la culpa.

3.5.- Sin imprudencia

El CP de 1995 suprime el delito genérico de imprudencia punible del art.565 del código derogado:

“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado...”

Este precepto que se aplicó al *Caso Vinader*, periodista condenado a siete años de prisión mayor, como autor de un delito de imprudencia temeraria profesional con resultado de dos asesinatos y graves daños a un grupo de personas. (STC 105]1883, de 23 de noviembre)

El TC denegó el amparo solicitado en cuyo tercer motivo se invocaba la vulneración del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art.20, dCE)

“El objeto de este derecho, es el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos (...) está fuera de duda que el derecho, como derecho de libertad, se concreta y satisface en un comportamiento de su titular consistente en la realización de aquellos actos en que el propio derecho consiste y que la lesión directa se produce en todos aquellos casos en que tal comportamiento -los actos de comunicación y de difusión- se ven impedidos por vía de hecho o por una orden o consignación que suponga un impedimento para que la información sea realizada. No es, evidentemente, éste el caso en el asunto del que ahora nos ocupamos, en el cual el recurrente ha satisfecho, cumplidamente, su derecho a comunicar información”

(STC 105]1883, de 23 de noviembre. FJ 11)

En lugar del art. 565CP derogado, el nuevo Código se establece en su art.12 que: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”*

“Hace falta pues una tipificación concreta de la producción del resultado como delito para que se pueda considerar imprudentemente cometido. En cada caso deberemos analizar si existe esta disposición expresa que subsuma la acción negligente del periodista en un tipo delictivo concreto. En el *Caso Vinader*, el

equivalente del art.565 del CP anterior, lo encontramos en el art. 142 CP, que tipifica la imprudencia profesional con resultado de muerte...”(32)

Así pues, la negligencia en la actuación del periodista podrá conducirlo a la imprudencia. En otras profesiones, la falta de competencia profesional (p. ej. un puente mal construido) puede llevar al delito de imprudencia pero “ en el caso de los periodistas sólo es posible cometerlo por negligencia, en el sentido que la información negligente provoque la comisión de un delito siempre que haya entre una y otro un nexo causal o una relación de causa a efecto. Es realmente difícil de imaginar que esto ocurra, y especialmente que una información veraz y de interés público -por tanto, protegida constitucionalmente- pueda provocar un posterior hecho delictivo.” (33)

“La conformación de una sociedad se atesora en la suma de los esfuerzos individuales. Por eso, la primera responsabilidad que el periodista debe asumir es la responsabilidad hacia uno mismo como profesional. Es decir, el cumplimiento correcto del deber adquirido como parte conformadora de su dignidad personal y profesional”. (34)

En realidad, el profesional de la información habrá de responder de unos “deberes” no sólo jurídicos o legales sino, y sobre todo, morales o éticos. El más importante de ellos será el compromiso con la verdad y con la deontología profesional. Pues en el fondo la diligencia y el buen ejercicio del derecho a la información no surgen sino de la rectitud de conciencia de la persona que informa. La ley nunca podrá abarcar todos los vericuetos por donde esta conciencia se esconda entre líneas. Es quien informa, y la sociedad finalmente, quienes deben determinar hasta dónde llevar la información para que sea un verdadero servicio al bien común.

3. .6.- El periodista debe rectificar

Una vez producido el daño informativo, la persona agraviada tiene derecho a que se rectifique la falsedad, a restablecer la verdad.

Del examen de este extremo en el nuevo CP. puede deducirse que adolece de rigor suficiente por cuanto no considera delito el incumplimiento de este deber por parte del autor ni del director del medio.

En el ámbito de la protección de la verdad de la información hay que situar el deber de rectificar y el derecho de rectificación, como garantías de una comunicación auténtica. Así lo considera gran parte de la doctrina. Así el derecho de rectificación "puede ser contemplado desde una doble óptica: como garantía del derecho a la información pasiva, y consistente en el ejercicio de la facultad de difusión para establecer la verdad

(...) Y también puede encuadrarse como una responsabilidad del informador y dentro de los deberes de carácter social y público que tiene asignado en el correcto cumplimiento de su tarea y en la necesidad de respetar la verdad impidiendo el abuso de la función informativa, y contrastando su versión de los hechos con la del aludido en la información publicada, de forma que se eviten posibles lesiones a personas o instituciones por informaciones inexactas o incompletas" (35)

Deber del periodista será, pues, la rectificación de las informaciones falsas o inexactas, con los tiempos y circunstancias que establece al LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación. La rectificación se ejercerá sobre "los hechos publicados, considerados inexactos por el titular del derecho, siempre que le aludan y le perjudiquen. No cabe el ejercicio del derecho contra opiniones o juicios de valor, aunque éstos cumplan esos mismos requisitos" (36)

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la impropia llamada "noticia falsa" no es recuperable en su totalidad. "Tanto el error como la falsedad son relativamente -casi nunca completamente- remediabiles" (37)

El restablecimiento de la verdad no siempre será posible, afirma Desantes; ningún remedio humano restablece del todo la justicia, porque nadie puede garantizar que todos los que leyeron una información lean también la rectificación

que, en su caso, se realice, sobre ella, y porque el desmentido “no erradica del medio la mala información, que se conserva y se convierte en documento puesto que es imposible neutralizarla con una nota marginal, por ejemplo. Si no la ley positiva, la norma deontológica exige el pulido de la noticia para que no dé paso a inexactitud alguna. E impide la intención y la negligencia en este cuidado que se justifique con el espacioso argumento de que ya se rectificará”. (38)

La rectificación es posible en virtud de “la comprobabilidad de lo real externo al hombre y su coincidencia o no con lo informado o comunicado”. (39)

Pero este es precisamente uno de los puntos más problemáticos del tema que comentamos, pues según la ley, e incluso el TC (STC168]1986 de 22 de diciembre), la rectificación podría admitirse aunque no se haya demostrado que la información rectificada sea inexacta ni conste que el contenido de la rectificación sea cierto.

Esto es, aunque a juicio del medio que deba insertar la rectificación, la comunicación no sea inexacta, deberá aquél insertar ésta, pues según establece el mismo TC en la Sentencia 168/86: “El simple disentimiento por el retificante de los hechos divulgados no impide al medio de comunicación afectado difundir libremente la información veraz, ni le obliga a declarar que la información aparecida es incierta, o a modificar su contenido, ni puede considerarse la inserción obligatoria de la réplica como una sanción jurídica derivada de la inexactitud de lo publicado. Por el contrario, la simple inserción de una versión de los hechos distinta y contradictoria ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o la avalen” (STC 168/86 de 22 de diciembre F.j. 5) *Caso MERCORSA*.

Tiene razón Sinova al afirmar que nos encontramos ante una paradoja, pues “mientras la Constitución exige a la información que sea “veraz”, la ley de

rectificación no demanda el mismo valor a las aportaciones de los replicantes. En el caso de la rectificación basta que se trate de hechos que “aludan” a una persona y que ésta considere “inexactos”, -lo sean o no- y su divulgación “pueda causarle perjuicio (40) La obligación del medio será pues, publicar la rectificación de una persona que se sienta aludida y perjudicada por una noticia que ella - la misma protagonista- considere inexacta.

Lo reitera el TC cuando confirma que ello no quiere decir que la información rectificadora sea inexacta ni que la rectificación resulte veraz: “la inserción de la rectificación insertada en la publicación no implica la exactitud de su contenido” (STC 168/86. F.j.5) Pero “La difusión de informaciones contrapuestas, que no hayan sido formalmente acreditadas como exactas, o desacreditadas como falsas, (...) supone un elemento de la garantía de la opinión pública libre...” (STC 168/86. F.j.5)

Resuelve también el Tribunal que “la resolución judicial que estima una demanda de rectificación no garantiza en absoluto la autenticidad de la versión de los hechos presentada por el demandante”. (STC 168/86.F.4)

“El Tribunal acierta, dice Desantes, al declarar que la rectificación no constituye una sanción al medio. Acierta cuando considera que el acceso a una versión distinta de los hechos favorece el interés colectivo en aras de la verdad. Acierta cuando concreta que solamente puede ejercerse el derecho de rectificación con referencia a hechos (...) cuando determina que hay que precisar el texto concreto de la información rectificadora(...)

Es discutible, en cambio, la posición del Tribunal cuando atribuye al derecho de rectificación un carácter meramente “instrumental” cuya finalidad se agota en la rectificación de la información publicada. (...)

Pero quizás el error más grave de la jurisprudencia constitucional estriba en considerar que el derecho de rectificación no “se concede” en función de la falsedad o inexactitud de los hechos rectificadores, sino de la apreciación subjetiva

de que lo son por parte de la persona que lo ejerce. (...) Se olvida aquí que la facultad de difusión no supone la de falsear la información ni por parte del medio ni por parte del que ejercita el derecho de rectificación (...) el público tiene derecho a ser informado en verdad” (41)

La incorrecta comunicación de hechos tiene, además, "una responsabilidad materialmente invalorable. Pero no por eso menos autoexigible, por cuanto impide formar el sentido de ponderación del público en la recepción y valoración de las noticias” (42)

Todo ello hace pensar en una desprotección de la información, de la noticia y por tanto, de la verdad. Y un peligro para los medios de comunicación.

De otra parte, cuando se derivan daños y perjuicios en la comisión de un delito, se generan responsabilidades civiles junto a las penales. (art.116.1CP). Pero “el CP atendiendo a la posibilidad de insolvencia del condenado, establece en el art.120.2 la responsabilidad civil subsidiaria de las personas naturales o jurídica titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual por los delitos o faltas cometidos utilizando medios de los que sean titulares excepto en el caso de los delitos de injuria y de calumnia hecha con publicidad, en los cuales el propietario del medio informativo será responsable solidario (art. 212CP)” (43)

Sobre el alcance de este controvertido art. 212 trataremos en su momento, valga adelantar ahora que se trata de una irregularidad que no favorece precisamente la libertad de expresión ni de información dentro de la empresa, pues la exigencia de responder solidariamente puede producir la siempre indeseable censura interna.

3.7.-¿Quién domina el hecho de la publicación? Autor del texto, autor de la difusión

La noticia que sale publicada lo hace después de recorrer un camino en el que, normalmente, han intervenido varias personas. El trabajo periodístico es una

tarea colectiva, es decir, se desarrolla dentro de un proceso compartido por distintos profesionales, en el que cada uno tiene su función. Pero como en toda actuación humana alguien determina que se lleve a cabo, en este caso, la difusión. Es decir, aquella persona de quien depende que el acto se realice o que se omita. Quien, en definitiva, domina el hecho.

Para Juanes Peces, en el nuevo CP no se soluciona definitivamente el problema de la distinción entre autoría y participación, si bien la mayoría de la doctrina considera que el nuevo artículo 28 en cuestión “se inspira directamente en la doctrina del dominio del hecho, con las consecuencias legales que ello conlleva en el plano teórico y práctico.

De aceptarse esta última solución, habrá que redefinir los conceptos de cooperador necesario y cómplice, sobre bases parcialmente distintas a las mantenidas en la actualidad por la doctrina y la jurisprudencia” (44).

Opina Batista González, siguiendo la teoría del dominio del hecho, que “es autor quien posea el dominio del hecho”, esto es, el que determina si el hecho ha de cometerse y cómo, quien es consciente de dirigirse hacia un fin.

“Este criterio será válido para los delitos que tipifican la acción de publicar. Sin embargo, en los delitos de expresión consistentes en la manifestación de la propia elaboración intelectual, quien manifiesta su pensamiento es autor y solo es partícipe quien no declara personalmente algo limitándose a colaborar en la declaración de un tercero. Por lo tanto, en los delitos y faltas cometidos a través de medios de difusión, para ser autor es preciso ser titular de la declaración o manifestación, es decir, creador intelectual o espiritual, a quien corresponde, por el mero hecho de su creación, un derecho exclusivo de plena disposición que comprenderá la divulgación que ha de realizarse en todo caso con su consentimiento” (45)

Sin embargo, Vives Antón señala que “ Si la ejecución de los hechos se toma como punto de partida de la definición de la autoría, no puede ponerse en

duda que el que ejecuta parcialmente los hechos es realmente autor parcial de ellos y autor en sentido estricto” (46)

Habrá que distinguir, en todo caso, los supuestos que consistan en la elaboración del texto y los que consistan en la difusión propiamente dicha.

“Es preciso advertir que el legislador en este tipo de infracciones penales castiga algunas veces la “elaboración intelectual” manifestada, pudiendo agravarse la conducta si para la difusión de la misma se emplean determinados procedimientos que extienden su conocimiento a un número mayor de personas con un considerable aumento lesivo para el bien jurídico afectado; así por ejemplo, el art. 209 en relación con el art. 211, ambos del CP, -agravantes específicas para la calumnia y la injuria-. La agravante de publicidad es una circunstancia vinculada al hecho, de esta manera no es posible aplicarla si el autor de la manifestación no tiene conocimiento de la misma. A dicha solución se llega aplicando el art. 14,2 del CP en lo que se refiere al error sobre elementos del tipo objetivo” (47)

Hay problemas que pueden surgir: si el autor del texto no desea la difusión y alguien sin su consentimiento difunde su escrito, se entiende que aquél no ha de responder, y el que publicita o difunde no puede considerarse autor (art. 30 CP).

En otros lugares del CP se tipifica independientemente la conducta que consiste en dar publicidad o difusión al contenido, así ocurre por ejemplo en los arts. 589, 598, en relación con el art. 599,2; 597,3, segundo párrafo del vigente CP. En estos casos no nos queda claro, a tenor del art. 30 quién debe ser considerado autor.

Quién sea el autor de un delito, en sentido estricto, es cuestión que ha sido merecedora de numerosos estudios y que resultaría de todo punto improcedente examinar aquí. Solamente apuntaremos algunos extremos que puedan servir al tema que nos ocupa.

Autor es el que realiza el hecho a que se refiere el art. 28 CP en este caso. El Tribunal Supremo expresa en sentencia de 11 oct. 1985: “Es doctrina reiterada y

constante proferida por esta Sala la que viene pregonando la autoría directa, denominada gráficamente por algún sector como material, está representada, en su esencia, por quien realiza el núcleo del tipo penal, en tanto que quienes realizan conductas periféricas pueden configurar las restantes formas de participación - SS 14 en 18 feb, 15 mar, 23 may, 15 jul y 8 nov, 1983, 28 en. y 11 feb.1984 y 8 jun. 1985-.

"Autores serán los firmantes de la información en el caso de la prensa (...) En una entrevista, autor será aquel que es responsable de las palabras delictivas. En un debate por televisión los intervinientes son los responsables de sus actos; no obstante, hay sentencias que consideran que el periodista es responsable con el entrevistado de lo que éste afirma. En un periódico es frecuente que el autor de la información o del artículo de opinión no sea quien haya redactado el titular o la entrada: autor será, en este caso, quien lo haya redactado y no quien lo firma. Lo mismo hemos de decir de quienes escriban los pies de fotografía. Si el autor material del titular o del pie de fotografía es desconocido, la responsabilidad se atribuye al director." (48)

Concluyendo todo lo anterior, hacemos algunos subrayados relevantes, a nuestro criterio. Una cuestión sigue estando en atribuir una *responsabilidad por hechos de otro* y por tanto difícilmente apoyada en el principio de culpabilidad. Parte de la doctrina, cuyo criterio compartimos desde estas páginas, ha criticado este punto. Ciertamente que según la norma que establece la llamada "responsabilidad en cascada" (art. 30,2CP), el verdadero instigador del texto delictivo publicado podría quedar impune, el "verdadero mecenas criminal" para Quintano Ripollés (49); podría darse el caso de que, quien abusando de las necesidades o de la inmoralidad de un escritor, fue el verdadero promotor del hecho, siguiendo a Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo(50), quedase amparado por esta norma, pues queda eximido de la responsabilidad del art. 15CP. La norma, dice Antón Oneca, " reduce el número de responsables" (...) para que con esta limitación no se pueda esfumar la responsabilidad"(51)

Por su parte sostiene Ruiz Vadillo que los autores “responden según un orden preferencial excluyente aunque hay que advertir que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y como no podía ser de otra manera, en todo caso es absolutamente imprescindible que en quien responda se den las exigencias de culpabilidad propias de toda infracción penal según su propia naturaleza “(52)

La responsabilidad en cascada del art. 30, en opinión de Macía Gómez resulta ser “una peligrosa solidaridad incompatible con los principios de responsabilidad criminal por el hecho propio y por la culpabilidad de su autor de signo objetivista, que puede operar como perniciosa mordaza en el ejercicio de la libre expresión “(53)

De la responsabilidad civil solidaria (art.212) que establece el Código en algunos supuestos, es novedad que trataremos más adelante. Se establece una excepción al art. 120,2CP según el cual las personas naturales o jurídicas titulares de un medio de difusión son responsable civilmente, en defecto de los que lo sea criminalmente, es decir, de manera subsidiaria, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que son titulares, salvo lo dispuesto en el art. 212 que se refiere a la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado una calumnia o una injuria. Es decir, en estos casos, la responsabilidad subsidiaria se convierte en solidaria, con los inconvenientes que luego veremos.

Es también aplicable al informador en la comisión de delitos utilizando medios o soportes de difusión, lo preceptuado en el artículo 55, según el cual la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviera prevista como pena principal para el supuesto que se trate. Cuando la pena de prisión es

inferior, los jueces y tribunales podrán imponer la inhabilitación especial sólo en el caso en que el ejercicio de la profesión se pueda vincular directamente con el delito.

Igualmente “es aplicable el artículo 57, al establecer que los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, *contra la libertad*, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el juez o tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.” (54)

La inhabilitación “no puede imponerse a los colaboradores circunstanciales por la publicación de sus artículos de opinión, ya que normalmente ejercen otra profesión. En el caso de los columnistas habituales o colaboradores permanentes - pero que no están en nómina-, será el tribunal el que determine la aplicación de la pena en la sentencia, ya que, a pesar de que su profesión principal sea la de escritor, político, médico, abogado, etc., la presencia continuada de sus artículos en los medios de información - o en las tertulias radiofónicas, puede ser motivo de que sea considerado profesional periodista a los efectos de su imposición.” (55)

La aplicación de estos artículos a los periodistas nos parece inapropiada. Es una sanción excesiva, nos parece, en el caso de la profesión periodística. En realidad, lo más deseable sería que no hubiera que utilizar la vía penal para solucionar los asuntos relacionados con el derecho a la información. El sistema coercitivo puede ser un freno indiscutible para las libertades de expresión e información, sin las cuales se tambalea todo el edificio democrático. El temor a una sanción tan desproporcionada como la de la inhabilitación, puede coartar al periodista y ahogar la información en sus fuentes con el silencio, rara vez beneficioso.

Todo este capítulo está lleno de excepciones, de una cierta rigidez en el tratamiento de la información y del informador, a quien se le trata como un asalariado cualquiera, no siéndolo, dada la elevada repercusión social de su trabajo.

Sin embargo, se aprecia un vacío legal en referencia la rectificación, cuyo incumplimiento en ningún momento menciona en este Código.

- (1) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson. Madrid, 1998. p.251
- (2) Cousido González, M P. *Derecho de la comunicación impresa*. Vol.I Colex. Madrid, 2001. p.272
- (3) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la Información*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 250
- (4) Aruzmendi, A.. *Derecho de la Información. Guía Jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p. 127
- (5) Aruzmendi, A.. *Derecho de la Información. Guía Jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p. 129
- (6) Desantes Guanter, JM. Soria, C.. *Los límites de la Información*. Asociación de la Prensa de Madrid, 1991. p. 37
- (7) Ruiz Vadillo, E.. "Protección penal del informador", en AEDE, nº 21, 1996. p. 60
- (8) Desantes Guanter, JM. y Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 65.
- (9) Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Laverde, Lugo. 1999. p. 162-63
- (10) Zarzalejo, JA. Mesa Redonda en en Ciclo. "Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la comunicación". FCCII. UCM. 4 de abril de 2002.
- (11) Azurmendi, A.. *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.133
- (12) Tasende Calvo J J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995.", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia Imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 298
- (13) Azurmendi, A. *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.147
- (14) Rodríguez Devesa, JM. *Derecho Penal español*. PG, duodécima edición. Dykinson. Madrid, 1999. p. 383
- (15) Batista González, M.Paz. *Medios de comunicación social y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 89
- (16) Serrano Butragueño, I. "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Comares. Granada, 1997. p. 455

- (17) Gómez Tomillo, M. *Libertad de Información y Teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*. Comares. Granada, 1998. p.130-32
- (18) Tasende Calvo J. J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995.", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia Imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 298-99
- (19) Vives Antón TS. "Libertad de prensa y responsabilidad criminal." Madrid, 1997, en Serrano Butragueño I. "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas". *CP de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I. S. Butragueño. Comares. Granada, 1997 p.456
- (20) Serrano Butragueño, I.. "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Comares. Granada, 1997. p. 456
- (21) Manzanares, JL y Cremades, J. *Comentarios l Código Penal de 1995*. La Ley-Actualidad. Madrid, 1996. p. 18-19.
- (22) Tasende Calvo, J. J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 298-300
- (23) Gómez Tomillo, M..*Libertad de Información y Teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*.Comares.Granada,1998.p.133-34
- (24) Batista González, M.P. *Medios de comunicación social y responsabilidad penal*. Dykinson, Madrid, 1998. p.86
- (25) Gómez Tomillo, M. *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*. Comares.Granada, 1998. p. 333
- (26) Ortego Costales,J. "Delitos cometidos por medio de la publicidad". III Jornadas de profesores de derecho penal. Santiago de Compostela, 1976. p.274.
- (27) Rodríguez Devesa, JM. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid 1994. p.840
- (28) Carreras Serra Ll. de la. *Régimen Jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 145
- (29) Jiménez Asenjo, E. *Delitos de imprenta*. NEJ Seix. Barcelona, 1964. p. 716

- (30) Serrano Butragueño, I. "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Comares. Granada, 1997. p. 457
- (31) Vega Ruiz, J.A. de. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA, Madrid, 1998. p. 113.
- (32) Carreras Serra Ll. de. *Régimen Jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 139
- (33) Carreras Serra Ll. de. *Régimen Jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 137
- (34) Rodríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Laverde. Lugo, 1999. p.105
- (35) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la Información*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 270
- (36) Llamazares Calzadilla, M.C.. *La libertad de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Cívitas. Madrid, 1999. p. 179
- (37) Desantes Guanter, JM. *Derecho de l Información II*. Colex. Madrid, 1994. p. 62
- (38) Desantes Guanter, JM. *Derecho de l Información II*. Colex. Madrid, 1994. p. 87
- (39) Desantes Guanter, JM. *Derecho de l Información II*. Colex. Madrid, 1994. p. 87
- (40) Sinova J. *El poder y la prensa*. Ediciones Internacionales Universitaria. Navarra. 1995. p. 154
- (41) Desantes Guanter, JM. Soria, Carlos. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. 1991. p. 31.
- (42) Desantes Guanter, JM. *Derecho de l Información II*. Colex. Madrid, 1994. p. 62
- (43) Carreras Serra Ll. de. *Régimen Jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 145
- (44) Juanes Peces, A. *El nuevo Código Penal en síntesis.. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios*. Eurojuris. .Madrid, 1996. p.102.
- (45) BatistaGonzález, M.P.. *Medios de comunicación social y responsabilidad penal*. Dykinson, Madrid, 1998. p.86
- (46) Vives Antón, T. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*. Publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1977. p. 187.
- (47) Batista González, M.P.. *Medios de comunicación social y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 87

- (48) Carreras Serra, Ll. de *Régimen jurídico de la información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 144
- (49) Quintano Ripollés. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1996.p. 269,
- (50) Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1982. p. 884
- (51) Antón Oneca. *Derecho penal. Parte general*. Madrid, 1949. p.452
- (52) Ruiz Vadillo, E. "Protección penal del informador", en AEDE nº 21,1996. p.60
- (53) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedces. Barcelona, 1997. p. 125
- (54) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la Información*. Dykinson. Madrid, 1998. p.262-263
- (55) Carreras Serra, Ll. de. *Régimen Jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p.145-146

II.- NOTICIA Y PROTECCION

Examinaremos en este apartado el tratamiento y las novedades que presenta el nuevo Código penal respecto de los delitos que implican comportamientos de comunicación, concretamente, comunicación de hechos. Es decir, ¿cómo se tratan aquí las noticias que son delito? ¿Protege el nuevo Código, más que el anterior, la libre comunicación de hechos? Esta es la pregunta que arrastramos a lo largo de todas nuestras las páginas y sobre la que pretendemos, finalmente, arrojar alguna luz.

Proteger la libre comunicación de noticias implica proteger la libre comunicación de la verdad; es decir, en el caso de una ley penal, castigar la falsedad informativa. Ya se ha dicho aquí que noticia y verdad es un binomio indisoluble. Sólo merece protección constitucional la información verdadera ¿castiga el CP la -mal llamada- noticia falsa? Proteger la noticia será sancionar las conductas que impidan la recta difusión de informaciones. Será asimismo, no obstaculizar la tarea informativa ¿Hasta qué punto está recogido así en el CP? Todo este capítulo está destinado a contestar estas preguntas.

1.- Protección del Código Penal a la noticia verdadera. La calumnia, versión penal de la exigencia de veracidad.

Consideramos aquí la calumnia en relación con la libertad de información y el derecho a la noticia. Desde el momento en que la calumnia comunica hechos, es un acto informativo que pretende transmitir la realidad, los hechos, a otros. El contenido es falso, prescindiendo así del constitutivo esencial de la información fáctica. Todo lo que no sea comunicar la verdad no es noticia. Si el derecho a la información, a la noticia, tiene su raíz en el derecho a conocer la realidad -los hechos, la verdad de los hechos-, la falsedad es una violación del derecho a la información. “Mentir es desinformar, afirma Desantes, violar el derecho a la información. La expresión *noticia falsa* es contradictoria en sus términos porque la falsedad no es noticia” (1)

Por lo tanto, “la calumnia, aunque atribuye unos hechos, no se puede llamar noticia porque para serlo le falta su constitutivo fundamental que es la verdad lógica o adecuación entre la realidad y el mensaje”. (2)

La comunicación se basa en la verdad y se rompe con la falsedad. La comunicación se desvirtúa cuando alguien es atacado con informaciones falsas a través de un medio de comunicación. De ahí que el Código Penal establezca las verdaderas excepciones a las libertades de expresión e información al regular el delito de calumnia a través del lo cual se entra en zona prohibida. Precisamente en razón de la libertad de expresión, “ no se pueden conculcar estos artículos del Código” (3)

Desde esta perspectiva, la calumnia es desinformación. Ataca al honor y por eso es delito; pero ataca al honor en cuanto no es verdad, y como ataca a la verdad, lo hace también a la información. Está, pues, sometida a la exigencia de veracidad que establece la CE para proteger la información.

La calumnia “no consiste en atribuir unos hechos delictivos a una persona sino en atribuirlos falsamente. La exigencia de la verdad como constitutivo de la información de hechos, recogida en el párrafo 1,d) del art.20 CE tiene así su proyección en el campo penal.(4)

La Constitución protege solamente las informaciones verdaderas. La veracidad es requisito principal de la información según el texto constitucional, una condición sin la cual no habría auténtica información. Así se pronuncia reiteradamente el TC negando la protección a quienes “defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado” (5)

En este sentido subraya Vega Ruiz cómo el TC sostiene que “el contenido constitucional del art. 20.1 d) CE consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz”. (6)

En esta veracidad y en la trascendencia pública radica, según Jiménez Blanco, “El efecto legitimador del valor preferente del derecho a la información”. (7)

En el delito de calumnia, “lo que castiga el Código no es el ataque al honor, sino la falta de verdad que, por serlo, es un ataque al honor. Si el mensaje de hechos es verdadero, y siempre guardando el respeto a la dignidad, no hay información calumniosa en el sentido conceptual de la palabra.”(8)

Lo expresan igualmente Manzanares y Cremades cuando afirman que “La calumnia castiga tanto el ataque al honor de las personas, directamente, como, indirectamente, la desinformación. La calumnia, por tanto, también representa la versión penal de la exigencia del carácter veraz de las informaciones que dispone el art. 20 .1 a) de la Constitución Española”. Subrayan estos autores que aunque la calumnia en el CP se encuentre situada en los delitos contra el honor, “en el delito de calumnia existen, básicamente, tres derechos en juego: el derecho al

honor, el derecho a la intimidad (sí bien éste último no siempre, añadimos nosotros) y la libertad de expresión”(9).

Así pues, la calumnia ataca a la verdad, es desinformación ¿defiende en realidad el CP la noticia verdadera? Ciertamente que contempla en su articulado los supuestos relativos a “noticias falsas difundidas en el extranjero por un español” (art.583), “comunicación falsa sobre la existencia de explosivos” (art.561) y “noticia falsa para alterar el precio de las cosas” (art.284) pero, sin perjuicio de estos determinados lugares, el Código no sanciona la falsedad informativa en concreto, hay que buscarla dentro de otras conductas tipificadas por este cuerpo legal en relación a otros delitos, como los delitos contra el honor.

1.1.-El interés público en conocer la verdad.

Habla Pérez del Valle, a la hora de sopesar el tratamiento de la calumnia en el nuevo Código en relación con el anterior, de los fines propios de las normas jurídicas que protegen el honor, y especialmente entre ellos, *el interés público en el conocimiento de la verdad*. “En la actualidad, dice, un aspecto nuclear sobre la función de las normas que prohíben las lesiones al honor (injurias y calumnias) se encuentra en conexión con la crítica del concepto de honor como idea troncal del bien jurídico protegido en los delitos contra el honor. Señala el autor que en la doctrina española se observa hoy un claro predominio de conceptos fáctico-normativos, en los que se acentúa la necesidad de protección sobre la base de la dignidad de la persona. (...) parece necesario prestar una cierta atención a algunas tendencias doctrinales que han querido acentuar la relevancia del interés público en los delitos contra el honor. En realidad, la agresión contra el honor es también una agresión contra la jerarquía social, pues la función del honor no sólo ofrece prestaciones al sistema “persona” sino también al sistema “sociedad”(10).

Estamos con el autor en que el valor personal que constituye el honor cobra todo su sentido en un contexto social determinado. Contexto formado por

individuos interesados en conocer los hechos verdaderos, si bien es cierto que no todos los hechos deben ser conocidos, “ el interés de la comunidad política en el conocimiento de hechos verdaderos no es absoluto, sino que depende de las exigencias del bien común, de tal modo que las exigencias de rigor en la comunicación de imputaciones informales depende de los hechos imputados.” (11)

El interés público en el conocimiento de la verdad debe jugar un papel primordial en el delito de calumnia. De ahí que pueda afirmarse que cuando se hace referencia a los delitos contra el honor se trate de comportamientos de comunicación

En realidad lo que expresa Pérez del Valle respecto de la dimensión social del honor, puede trasladarse, con la misma o más razón, a la información. En este sentido habla el profesor Desantes de la “naturaleza relacional” del derecho a la información. Derecho “que permite al hombre relacionarse con los demás seres humanos. Derecho relacional que hay que situar en el límite externo de la personalidad, donde la persona traba contacto, pone algo en común, se comunica con los demás (...)

Esta naturaleza relacional del derecho a la información, según el autor, “determina su trascendencia social; y ha de coordinarse con otros derechos, relativos a la comunidad, porque afecta a todos sus miembros”(12)

Aquí se basa precisamente uno de los aspectos criticables del nuevo Código y referido a la ausencia de sanción expresa a la noticia falsa. El mismo encabezamiento de la calumnia e injuria en “Delitos contra el honor”, ya habla por sí sólo de qué bien jurídico se pretende proteger aquí, en primer lugar: el honor. Sin embargo, *la verdad* pertenece a toda la comunidad humana, es el fundamento de la convivencia, lo que la hace posible y asegura su carácter humano, por lo tanto el daño de la información falsa se extiende también a todo el colectivo social. El interés público por conocer los hechos tal y como son -y el derecho a no ser engañado- da una dimensión pública a un delito, que puede, en principio ser

privado, como el de la calumnia. Lo expresa claramente Desantes Guanter cuando dice que “con la falsedad se engaña y, por tanto, se ofende al sujeto universal; (...) se viola un derecho del público informado”(13)

De lo que se desprende que tal vez el Código de 1995, llamado “de la democracia” debería haber incluido expresamente en su articulado los delitos contra la verdad. Es cierto que conceptos como honor, intimidad, dignidad, se encuentran francamente degradados en nuestra sociedad, pero no menos le ocurre a la verdad, víctima del relativismo moral de la vida posmoderna. “Asistimos a una sociedad que ha perdido los puntos de referencia y se va imponiendo la fascinación por una tolerancia ilimitada”(14)

La ley debería contemplar en su articulado este imponderable, como ha hecho con otros apremios surgidos en la nueva sociedad de la información -p.ej. la protección de la intimidad y las nuevas tecnologías- pues “permitir que se formulen falsedades, se repitan, se elogien, circulen, pasen por aceptables, es algo absolutamente destructor de la convivencia”(15)

1.2.- El art. 205 del CP. La calumnia como falsa comunicación.

“Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”(art. 205)

En el CP derogado se decía:

“Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio” (art.453)

La primera novedad es que en la nueva ley penal se ha ampliado el concepto de calumnia, al ampliar el tipo objetivo. La calumnia consiste en una falsa imputación de hechos que serían delito si fueran verdaderos. La redacción del tipo básico ha cambiado, ya que se extiende ahora a todo delito, no sólo, como

antes, a los perseguibles de oficio, con lo que se transforma en calumnia la injuria definida en el art.458.1 del derogado CP.

La calumnia que tipifica el art.205 del Código penal, consiste en imputar cualquier clase de delito, sea perseguible de oficio o no. “Desaparece la distinción que hacía el Código derogado entre la imputación falsa de delitos de los que dan lugar a procedimiento de oficio (tipificada como calumnia) y la imputación, falsa o verdadera, de delitos que no dan lugar a procedimiento de oficio (tipificada como injurias graves del antiguo art.458.1), ampliándose así el tipo objetivo de la calumnia con respecto a la injuria”. (16)

Tasende Calvo considera positivo el tratamiento jurídico penal de ambas conductas. En realidad, en ambos casos se trata de imputación de hechos, sometidos a la exigencia de la información veraz que sanciona el art. 20.1 d) CE y “cuya consecuencia es la ilicitud de las falsas afirmaciones de hecho contrarias al honor personal, sin distinción alguna”.

Por otra parte, también por la aplicación de la CE y considerando su eficacia vinculante en materia de derechos y libertades fundamentales, “la conducta consistente en la imputación verdadera a otro de un delito, fuese o no público, estaba en todo caso amparada por la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo de un derecho (eximente del art. 20.7º CP), en este caso, el derecho fundamental a la libre información (art.20.2 dCE)” (17)

Novedad importante es la sustitución en el nuevo texto de la *falsa imputación* por la *imputación hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*, -cuestiones a las que dedicamos dos epígrafes más delante- con lo que se subraya especialmente un elemento subjetivo de primordial importancia, “acogiendo así la jurisprudencia que venía exigiendo la constancia de una real voluntad de ofender, “bien porque se haya llevado a cabo a sabiendas de su inexactitud, bien porque se haya procedido con desprecio absoluto hacia la verdad y hacia su búsqueda” (S.22-10-91) (18)

Aunque no se contempla aquí la posibilidad de la actuación negligente que hay que tener en cuenta, en todo caso.

Este énfasis en el elemento subjetivo expresa de una manera más tajante la intención de calumniar y sus condiciones, o bien el consentimiento para que la calumnia tenga lugar. El segundo condicionamiento: la imputación ha de hacerse *con temerario desprecio hacia la verdad* es, para Azurmendi, el que afecta a la actividad periodística más directamente. “Desde el mismo Código Penal se está imponiendo el criterio de verificar y contrastar las fuentes antes de difundir una información negativa sobre alguien, criterio que por otra parte, consta como pauta profesional en la mayoría de los Estatutos de Redacción de los medios. Si a pesar de haber contrastado un número suficiente de fuentes significativas, la información difundida resultare ser falsa, habrá que admitir la ausencia de responsabilidad penal, tal y como la jurisprudencia española interpreta. Será suficiente con probar que se cumplieron mínimamente las diligencias profesionales para no incurrir en responsabilidad” (19)

. La concreción

La calumnia consiste en la falsa afirmación de que alguien ha cometido un acto que el CP considera delito, si bien la imputación ha de dirigirse a una persona concreta e identificable. También en el antiguo CP, además de falsa, la imputación debería ser precisa, concreta, determinada. (STS 23 enero de 1980, entre otras).

En la determinación de esta conducta coinciden todos los autores. Pero, esto no obstante, se pueden apreciar, entre ellos, algunos matices diferenciadores.

En la información de hechos falsos constitutivos de delito, el aludido ha de ser inequívoco pero no es preciso calificarle de delincuente. Así lo expresa Carreras Serra:

“No hace falta que se considere al ofendido como un delincuente sino tan sólo imputarle un hecho delictivo. Se puede cometer diciendo que tal persona ha robado en un lugar, aunque en el Código Penal el acto esté tipificado como un

fraude o un hurto. El hecho ha de ser concreto, igual que la persona, que se puede llamar por su nombre o de forma inequívocamente determinable” (20).

Maciá Gómez insiste en este punto: la imputación ha de ser a una persona concreta, es decir una “ atribución cierta y precisa de un hecho determinado a una persona determinada”. (21) Para el autor, el concepto imputación puede consistir en dos diferentes cuestiones: la propia acción de imputar y el contenido o resultado de dicha acción. “La cuestión del doble concepto del término imputación puede tener un resultado jurídico relevante en el sentido de que si solamente entendemos la “imputación” del art. 205 del CP como la acción de imputar no tiene mayor importancia el hecho delictivo imputado. Por el contrario si entendemos la “imputación “ del art. 205 como el resultado de la acción, variaría entonces el tipo delictivo de la calumnia en función de la relevancia de lo imputado.

El CP, en una interpretación conjunta, exige el concepto de imputación en el sentido subjetivo, es decir, en la acción voluntaria y querida de imputar un hecho a otro. (...) y deja que el factor objetivo de la imputación sea uno de los elementos del juzgador a la hora de fijar la pena(...)

De otra parte, al definir el CP la calumnia como “imputación de un delito”, puede provocar error, según este autor pues “el concepto delito queda supeditado a la resolución judicial” sería más preciso decir “ es calumnia la imputación de un hecho tipificado y que pueda ser constitutivo de delito.”(22)

De ello deducimos que el hecho imputado debe estar previsto en el CP, pero no puede consistir en delito en sentido estricto de la palabra, pues el delito requiere una actividad procesal que concluye con la sentencia firme, no encaja en la definición de calumnia según queda en el Código.

Lo esencial de la calumnia es que la acción que se imputa es conocidamente falsa o se ha efectuado con un temerario desprecio hacia la verdad.

“La sede del delito de calumnia no está en la imputación de un delito sino en la propia falsedad de la imputación.” (23)

Un grupo de sentencias de la Sala Segunda del Supremo recoge reiteradamente los requisitos que caracterizan a la calumnia, entre ellas la Sentencia 856]1997, de 14 de junio, en la que se señalan lo siguiente:

La imputación de un hecho delictivo a alguien equivale a “atribuir, achacar o cargar en cuenta de otro una infracción criminal de tal rango, es decir, de las más graves y deshonorosas que la ley contempla (...)

Dicha imputación ha de ser falsa, subjetivamente inveraz, con manifiesto desprecio de toda confrontación con la realidad, o a sabiendas de su inexactitud; la falsedad de la imputación ha de determinarse fundamentalmente con parámetros subjetivos, atendiendo al criterio hoy imperante de la “actual malice” sin olvidar los requerimientos venidos de la presunción de inocencia”.

Este punto nos parece criticable por cuanto determinar la falsedad de un hecho con “parámetros subjetivos” lo estimamos desacertado, peligroso, de difícil probanza y dudosa determinación. Precisamente la fiabilidad de la comunicación de un hecho se basa en que es comprobable y contrastable con la realidad. “La verdad de la comunicación, es su posibilidad de confirmación en la práctica, dice González Casanova”. (24) “La demostrabilidad de lo que es falso o verdadero, dice Desantes, legitima la exigencia legal de una responsabilidad moral y jurídica (penal y civil) por la comunicación de una realidad inexistente o deformada” (25)

Refiriéndose a la concreción, sigue la Sentencia del TS, se afirma que “No bastan atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente, dirigiéndose la imputación a una persona concreta e inconfundible, de indudable identificación, en radical aseveración, lejos de la simple sospecha o débil conjetura, debiendo contener la falsa asignación los

elementos requeridos para la definición del delito atribuído, según su descripción típica aunque sin necesidad de una calificación jurídica por parte del autor.”(26)

Se refiere después al elemento subjetivo, que trataremos más adelante.

Así pues, para que haya calumnia es necesario que la imputación sea precisa y determinada, esto es, explícita, sin que pueda prestarse a confusión. Exigencia esta que ratifica la jurisprudencia, pues, reforzando el requisito de una imputación falsa concreta y excluyendo la tipicidad de las imputaciones meramente genéricas. Y define, asimismo, en qué consiste esa concreción: “Una imputación será precisa, concreta y determinada cuando se atribuya a una persona una acción que sin necesidad de una calificación jurídica expresa por parte del autor, cumpla con todos los elementos típicos de un delito. No cumplirá con el requisito de la imputación precisa, concreta y determinada de un delito la afirmación que sólo haga referencia o vinculación, no precisada, de una persona con un hecho delictivo; por ejemplo, cuando la información falsa se concreta en asignar a un periódico una posición procesalmente ambigua (como la detención policial) sin explicación de las acusaciones específicas que puedan pesar sobre el mismo.” (27)

. Debe referirse a un delito

Algunas consecuencias de los cambios del nuevo CP van desde “la diferenciación formal entre tipos penales y la relación interna entre la calumnia y la injuria, hasta aspectos muy asentados en la jurisprudencia que, sin embargo, son puestos en discusión por la doctrina, como el problema del *animus difamandi*” (28)

En el CPN se establece solamente que la calumnia es la imputación de un delito. Por lo tanto, si lo que se imputa falsamente es una falta no constituiría delito de calumnia sino de injuria.

Así, Del Moral García subraya que “el término “delito” ha de ser entendido en su sentido más estricto, con exclusión de las faltas (SS TS de 6 de abril 1976 o 7 de mayo 1991) La falsa imputación de una falta podrá ser delito de injuria (art.210). En el delito de calumnia las imputaciones deben ser terminantes y contener, en lo básico, los elementos necesarios para definir el delito atribuido. "Por esta razón no es calumnia llamar a otra persona “estafador” o “ladrón”, si no se atribuyen específicamente conductas que sean constitutivas de estafa o de robo, sin perjuicio de que puedan reconducirse tales supuestos a la tipicidad de injurias”. (29)

También Tasende dice que la referencia al delito que hace el art. 205 ha de interpretarse en sentido estricto, es decir, la imputación calumniosa ha de ser de delitos y no de faltas.

Para una mayor coherencia legislativa quizás hubiera sido deseable, según el autor, contemplar los supuestos de imputación de faltas dentro de la figura de la calumnia, siquiera sea con una pena menor que en el caso de los delitos (como ocurre en el citado art. 456), “entre los que también podría haberse establecido una diferenciación punitiva, en orden a su mayor o menor gravedad y el carácter doloso o culposo del delito imputado, ya que la ofensa al honor y la intensidad del ataque al bien jurídico protegido (desvalor de la acción y del resultado) no es igual en unos y en otros supuestos.” (30)

La similitud entre la calumnia y la injuria es manifiesta en el nuevo CP, a pesar de la concepción autónoma que tradicionalmente ha merecido el delito de calumnia en nuestra legislación, y que, de alguna manera, el nuevo CP mantiene, “es evidente su identidad sustancial con la injuria consistente en imputaciones de hechos, de la cual la calumnia viene a ser en la práctica un tipo específico o agravado” (31)

No cabe duda de que en la calumnia se lesiona la dignidad, pero no sólo. “Es requisito necesario, pero no suficiente, la lesión de la dignidad de una persona determinada, es requisito suficiente la imputación de un delito.” (32)

Según el CP delitos son las “acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley” (art.10), es decir, los actos u omisiones, no las opiniones o juicios de valor o meras descripciones alusivas. En este sentido, no será calumnia achacar a otro una “condición” como la de asesino sino el hecho concreto del asesinato. No sería calumnia afirmar que alguien es un ladrón -podría ser injuria- sino el hecho del robo.

De todo lo anterior se puede deducir que para que haya calumnia ha de haber imputación de un delito, imputación precisa de hechos, no imputación genérica de conductas, tampoco imputación de conductas antisociales pero que no son delito en el CP. La imputación ha de referirse a actuaciones, no a cualidades. Pues no hay que confundirla con la injuria, que no es comunicación de hechos, sino de juicios y por ello no contempla la “*exceptio veritatis*”. La imputación ha de ser falsa y la persona a la que se refiere concreta y determinada.

. Discusión de la oportunidad

En este punto surge al menos la duda de si determinadas acusaciones, dependiendo de las circunstancias y de la persona aludida, no deberían entrar en el terreno del delito, sobre todo teniendo en cuenta el reproche social que se desprende de las mismas.

A este tenor es clarificadora la postura crítica que establece Bacigalupo refiriéndose a que la jurisprudencia no considera suficiente la imputación de una falta, para la tipicidad en los términos del art. 205 del vigente CP . El autor considera discutible este punto de vista, “ (...) pues se apoya en una concepción ontológica de las faltas que hoy parece totalmente abandonada. Si, por el contrario, las faltas no son sino hechos punibles merecedores de una pena atenuada, parece

claro que su capacidad lesiva del honor no puede ser puesta en duda y que una interpretación tan literal como ésta resulta inadecuada para la protección del bien jurídico.” (33)

Apela el autor a que la lesión personal no depende en ocasiones de la cuantía puesta en juego. Estamos de acuerdo con este planteamiento, pues puede haber casos verdaderamente humillantes que no parecen resueltos con acierto. “ La imputación de una estafa o de un hurto de valores superiores a 50.000 pesetas no es, parece obvio, un hecho irrelevante para la honra de una persona; bajo ciertas circunstancias puede ser todavía más deshonroso que hacerlo por una suma mayor. En todo caso, ¿por qué razón lesionaría el honor en forma agravada de la calumnia la estafa de 50.001 ptas. y no la de 49.999 ptas.? ¿Por qué razón la imputación a un juez de una falta de hurto va a afectar menos su honor que la acusación de haber sustraído 100.000 ptas.? Aquí se vuelven a presentar problemas puramente terminológicos: si las faltas constituyen delitos sancionados con penas especialmente atenuadas, y no entendidas “ontológicamente” diversas de los delitos, su exclusión de la punibilidad de las calumnias no parece, al menos, incuestionable”. (34)

Recordamos aquí la figura de la difamación, inexistente en el nuevo Código, y cuya conducta ha sido incluida, impropriamente, en las injurias que consisten en imputación de hechos.

En realidad, siguiendo el planteamiento de Bacigalupo, al aludir a la distinción entre delito y falta, se puede deducir una consecuencia: lo que verdaderamente es significativo para el ofendido es el reproche social que pueda sufrir, y no tanto la calificación de delito o de falta, ni la exactitud de la descripción del hecho delictivo. Lo importante será el carácter de reproche social elevado que tengan los hechos, que tiene que ver con el contexto en que se produce la comunicación y con el rol de la persona afectada. Por ejemplo: "si en la discusión de un accidente de tráfico de escasa gravedad, uno de los implicados afirma al otro que es un “asesino”, es evidente que no existe posibilidad de calumnia. Ahora

bien, si en relación con el comportamiento de un funcionario que tiene a su cargo la custodia de fondos públicos se afirma que se trata de un “ladrón”, la expresión supondría la imputación de hechos delictivos a cargo del funcionario y, por tanto, una calumnia”. (35)

Pérez del Valle considera la posibilidad de modificar algunas interpretaciones de la jurisprudencia y de la doctrina referidas al contenido fáctico de la imputación calumniosa, y en particular sobre la imputación de “hábitos criminales” en lugar de “hechos concretos”

La propuesta no resultaría desproporcionada en algunos casos

“El empleo de expresiones relativas a actuaciones de carácter global no debería implicar, de por sí, la exclusión de la calumnia, en la medida que el elemento básico de la interpretación es la “imputación de delitos”, y la raíz del problema de interpretación se centra en la exigencia de la concreción de los hechos. Si en la calumnia, se trata de sancionar la imputación de hechos en un proceso informal de comunicación, las exigencias necesarias para que pueda afirmarse la imputación son las propias de la informalidad del proceso. La concreción del hecho punible y los datos que permiten una identificación individualizada de forma inmediata es una exigencia propia de una comunicación formal de la imputación, y, por tanto, no son exigibles en comunicaciones informales”. (36)

La calumnia ofrece en el nuevo Código una similitud con la falsa denuncia, con la salvedad de que en ésta última la imputación debe hacerse ante funcionario público.

Para Bacigalupo “la calumnia es más cercana a la falsa denuncia y, por ello, a un delito contra la administración de justicia, como lo demuestra su práctica superposición con el art.456 del CP, o contra la persecución injusta de un ciudadano. La justificación misma de esta duplicidad es más que dudosa”. (37)

Desde un criterio finalista, encaminado a lo que pretende proteger la norma, o sea, al bien jurídico, “ no se debería perder de vista que no es posible que la única diferencia entre la falsa denuncia y el delito de calumnia sea que la imputación haya sido hecha ante funcionario administrativo o judicial, como en general admite la doctrina dominante. Por lo tanto, las expresiones de juicios de valor que tienen estrecha conexión con la ejecución de acciones delictivas, deben ser consideradas típicas en el sentido del art. 205 CP 1995 (...) No se justifica la coexistencia de los arts. 205 y 456 en el mismo CP” (38)

En este mismo sentido se manifiesta Carreras cuando afirma que “ La calumnia tiene muchas similitudes con el delito de denuncia falsa, pero se incluye como lesión al honor porque formalmente en la acusación falsa se requiere que la denuncia se presente ante la policía o la autoridad judicial”. (39)

Es conveniente, a estos efectos, ponderar la importancia de la difusión, en relación a los dos extremos, quien difunde y quien recibe: “una pluralidad de sujetos que, según el profesor Desantes, se llama público” (40) Distinguir entre difusión y publicación es de trascendencia para determinar el momento en que se produce la responsabilidad, pues “desde el punto de vista penal y civil la fase importante para la exigencia de responsabilidad es la fase de difusión. Difundir es perfeccionar la publicación, consumir el acto de publicar, incluso cuando el acto es delictivo por razón del mensaje que difunde o publica” (41)

La calumnia se debe entender consumada cuando haya llegado al conocimiento de su destinatario. La difusión hace que se presuponga el conocimiento.

“Si se produjo la imputación directamente, cara a cara con el ofendido, se entiende consumada la calumnia en ese mismo instante; si se recoge en un impreso, periódico, etc. se atenderá a la fecha de su publicación (no de su

impresión); y, finalmente, si se emite ante un tercero, distinto del sujeto pasivo, al tiempo de su emisión ante él, aunque no haya tenido éste conocimiento de la concreta imputación o expresión (...) Es posible la tentativa o la frustración, caso de que la calumnia se ejecute por escrito, resultando prácticamente inviable, caso de manifestarse verbalmente” (42)

Al considerar la regulación de la calumnia en el Código Penal nuevo, y apreciar las novedades que se establecen respecto de la legislación anterior, resulta evidente que en el nuevo Código se introducen dos supuestos importantes sobre el tema de la verdad, en este caso referido a la información calumniosa, que pasamos a examinar: el *conocimiento de la falsedad* y el *temerario desprecio hacia la verdad*, difíciles extremos los dos a la hora de resolver algunos problemas.

En realidad aquí se está haciendo referencia a comportamientos de comunicación sin mencionarlos.

1.2.1.- El Conocimiento de la falsedad

Sin falsedad no hay calumnia; no se produce el delito. Es más, la no denuncia puede constituir una infracción de la ley, que obliga al ciudadano a colaborar con la justicia, y a “prestar la colaboración requerida” (art. 118 CE). Si bien en términos generales, dicha obligación sólo procede cuando se haya presenciado el delito (art. 259 LECr.), también en este mismo cuerpo legal se establece que “los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tengan noticia de algún delito estarán obligados a denunciarlos inmediatamente” (art. 262 LECr.) En este extremo, que supone una mayor amplitud que la de presenciar la comisión del delito, se sitúan los profesionales de la información, gracias a cuya actividad, lícitamente ejercida, salieron a la luz auténticas conductas delictivas que, de no ser por la plataforma de la prensa, hubieran permanecido encubiertas.

El derecho a conocer los hechos debe cobrar mayor intensidad cuando aquellos afectan directamente a los ciudadanos y a su participación en la sociedad.

Sin falsedad tampoco hay ataque al honor. “Por el contrario, la denuncia de unos hechos delictivos, o incluso inmorales, puede prestar un gran servicio a la comunidad”, dice Desantes. (43)

Comunicar comportamientos imputables puede ser deseable en virtud de ciertas razones, por una parte permite la confirmación de las normas que están vigentes; y por otra hace posible la información sobre lo que ha sucedido en relación con dicho comportamiento. Así el destinatario de la información podrá relacionar las consecuencias con el comportamiento. Esto último no se puede alcanzar si los datos no se ajustan a la verdad. (44)

a) La mentira voluntaria

En la sociedad actual, y en lo que a los medios de comunicación se refiere, son cada vez más las formas de desdibujar la verdad, de atacarla. Se trata de “una amplísima ofensiva contra la verdad”, en palabra de Julián Marías, cuya novedad consiste en sus recursos, en sus posibilidades multiplicadas en esta época. Extrema el académico su reflexión cuando afirma que “Casi todo lo que se oye o se lee se resiente de insuficiencia, falta de atención, de rigor, de cautela; se deja que el error se deslice, se parte de él, se da por válido, se articula así con otros errores que van tendiendo una red que nos aleja de la verdad, nos conduce a esa situación que puede y debe llamarse “estado de error”. (45)

La escrupulosa vigilancia para descubrir y comunicar la verdad es primera obligación del informador, cuyo incumplimiento es grave; pero lo más grave es suplantar la verdad, no por el error, sino por la mentira. Conocer la falsedad de unos hechos y difundirlos es mentir, inventar otra realidad a sabiendas de que no existe, y de manera consciente y voluntaria. Se trata de la mayor afrenta a la verdad. La mentira es considerada por Desantes como “forma específica de la falsedad”, y, como ella, “un pecado contra la justicia” (...) La “desnaturalización o

falsificación de la noticia, dice, tiene algo de atentado a la ley natural que produce el hecho histórico". (46)

Conocer la falsedad de la imputación que se hace implica, por tanto, mentir voluntariamente. Estaríamos hablando aquí de lo que todos los autores consideran "dolo directo". No basta simplemente con que el hecho imputado sea falso, sino que es necesario, y muy difícil de probar, que se conociera la existencia de otra realidad.

"Una solución adecuada, como hacen otros sistemas legales, hubiera sido que el legislador requiriese, simplemente, la de comprobación de la inveracidad del hecho para considerar delictiva la imputación del mismo. Queda abierta una posibilidad jurisprudencial que, junto con otras, podría variar la consideración subjetivista de estos tipos delictivos" (47)

Verdaderamente resulta, en cierto modo, contradictorio unir en una misma acción elementos tan subjetivos como el conocimiento expreso, sabido y querido, de la falsedad, y elementos objetivos como es el de la propia falsedad, en cuanto lo imputado coincide o no coincide con la realidad. Lo verdaderamente difícil resulta probar ese conocimiento

b) Falsedad objetiva y subjetiva

La doctrina y la jurisprudencia se ha decantado por la consideración de la falsedad en el plano subjetivo, postura que -no llevada al extremo- nos parece más acertada, aun a sabiendas de sus mayores riesgos, pues en caso contrario, no sería factible informar en las coordenadas actuales de espacio y ritmo informativo. Ciertamente sobre la falsedad de la imputación que establece el art. 205 se ha operado una desviación, pasando de ser un elemento del tipo objetivo, - y por tanto directamente referida a la falsedad objetiva de los hechos-, a formar parte de la conducta subjetiva del autor. "Tradicionalmente, refiriéndose a la falsedad, la doctrina ha entendido que se trata de un elemento del tipo objetivo, es decir, que la

falsedad de la imputación depende de la no existencia del hecho imputado según un juicio *ex post* de un observador objetivo. La falsedad de la imputación de un robo, por consiguiente, se desprende de la inexistencia del robo por el tribunal que juzga los hechos. La consecuencia práctica de este punto de vista era clara en el CP de 1973 y en los anteriores: un error culpable, evitable, excluía el dolo y conllevaba la impunidad, dado que se estimaba que la realización culposa del tipo, aunque fuera temeraria, no era punible. El grado de desprotección del honor que esto comporta es notorio. Prueba de ello es que el art.205 CP 1995 ha extendido la punibilidad a los supuestos de manifiesto desprecio hacia la verdad, que se puede entender, muy probablemente, como una forma de imprudencia temeraria". (48)

Vives Antón propone la siguiente interpretación sobre la falsedad de la imputación como elemento subjetivo. "La imputación ha de ser falsa, esto subjetivamente inveraz, bien porque se haya llevado a cabo a sabiendas de su inexactitud, bien porque se haya procedido con manifiesto desprecio hacia la verdad (...) la tipificación de las imputaciones objetivamente falsas, en cuanto pudiera implicar una lluvia de acciones penales sobre sus usuarios, produciría el efecto indeseable de desalentar el ejercicio de los derechos de información y crítica. " (49)

De este desplazamiento de la falsedad al tipo subjetivo se desprenden consecuencias importantes: "el tipo objetivo queda reducido a la imputación de un delito. Si esto es así, toda imputación de un delito *objetivamente veraz pero subjetivamente inveraz* debería ser típica, al menos como tentativa. "(50)

Llevado al extremo este razonamiento: ¿sería posible que una imputación de un delito subjetivamente inveraz pero objetivamente veraz fuera típica?, es decir, ¿cómo calificar un hecho verdadero pero subjetivamente inveraz? ¿podría considerarse delito, puesto que el conocimiento de la falsedad es lo exigido?

Hasta la publicación del CP de 1995 el debate sobre la naturaleza de la falsedad recogía tres posiciones: estimarla como elemento objetivo, también como

elemento subjetivo específico del tipo penal y mantener que la veracidad era un elemento propio de la justificación. Si bien “una falsedad objetiva es exigida, no obstante, la modificación del texto de la ley, por la mayor parte de la doctrina . Sin embargo, se reconoce la existencia de un problema derivado del grado de desprotección del derecho al honor que implica esta exigencia, en la medida que la mera ausencia de convicción sobre la falsedad podría implicar la ausencia de tipicidad. La necesidad de imponer un deber de comprobación en los casos en que el autor ejercita el derecho de información y de que las informaciones sean contrastadas con carácter previo a su divulgación es admitida por regla general sobre la base de una frecuente jurisprudencia del TC. “(51)

El Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de abril de 1991 afirmó que el error sobre la falsedad puede considerarse error sobre un elemento de justificación, porque lo es sobre un presupuesto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE. Según este precepto constitucional la libertad de información está condicionada a la veracidad; la Constitución no garantiza el derecho a expresar hechos falsos. Por otra parte, la veracidad de la imputación se juzgará *ex ante*, según las posibilidades de reconocimiento del autor en el momento de ejecutar la acción, “en el momento de actuar”, (52) insiste Rodríguez Mourullo.

En este sentido Bacigalupo refiere el tema al CP suizo: “Es interesante señalar, dice, con miras a la reforma de estos delitos, que el art. 173 del CP suizo establece este criterio -que constituye de todos modos, un principio general de la justificación- de una manera expresa, pues excluye la punibilidad del autor cuando éste “tuvo serias razones para tenerlas por verdaderas de buena fe” (53)

La verdad como probabilidad debe ser descartada.

Partimos de que ha de ser fundada la convicción, así pues, el que atribuye a otro un delito debe poder dar una explicación racional sobre su convicción de veracidad, excluyendo incluso apreciaciones meramente subjetivas, dice Pérez del Valle. La verdad como probabilidad, tantas veces unida a la idea de verdad subjetiva, debe descartarse en virtud del interés público en el conocimiento de lo verdadero. " El fundamento de la justicia, no puede encontrarse en una relativización de la verdad, pues el conocimiento es la forma básica del bien, y, por tanto, también del bien común, en el que queda comprendido también el interés público en el conocimiento de la verdad (...) Para la exclusión del delito de calumnia, sigue diciendo, se requiere que el autor haya actuado con la convicción en conciencia de que ha efectuado una imputación verdadera; es decir, en la que existe adecuación entre el conocimiento y la realidad.

Esta convicción en conciencia debe estar fundada en medios de conocimiento del hecho imputado intelectivos -no intuitivos- y situados dentro del interés público en el conocimiento de la verdad; es decir, que no vulneren las reglas sustantivas de acceso al conocimiento de la verdad fundadas en derechos fundamentales. " (54)

Así pues, no se puede acudir a medios que vulneren los derechos fundamentales para averiguar si alguien ha cometido un delito. Por otro lado, la convicción sobre la verdad implica que el hecho pueda probarse.

De todas estas consideraciones se deduce que el Código Penal no deja claro si es necesario que la imputación sea inveraz o basta con que no sea posible demostrar su veracidad o falsedad.

Aunque los hechos sean objetivamente falsos se podría atacar de igual forma al honor si no se pudiera demostrar que lo son, entre otros casos por el de muerte o desaparición. Si los hechos no son demostrables siempre quedará la duda sobre la actitud delictiva del sujeto a quien les fueron imputados. Esto trae también otro problema: No hay calumnia cuando los hechos son verdaderos, pero

en caso de hechos objetivamente verdaderos que no se pudieran probar ¿es responsable el autor de su afirmación?...

Una cosa será, pues, la imputación subjetivamente inveraz, es decir, la falta de veracidad subjetiva y otra la veracidad subjetiva aunque la imputación resulte ser objetivamente falsa, que excluye la tipicidad de la calumnia

Puede haber casos en los que se desconoce la falsedad y de hecho queda lesionado el honor por la falta de verdad; ¿qué ocurre cuando se desconoce y produce un deshonor la no verdad...? ¿cómo se prueba que no se conocía la falsedad?

Todo esto suscita dudas sobre qué se entiende por falsedad y qué es lo que se debe probar, a tenor del art. 207 CP?: “El acusado de delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado” Es decir, según el CP “la prueba corresponde a quien afirma”. (55)

c) Veracidad y diligencia

De todo lo anterior se podría deducir que un elemento clave es la veracidad subjetiva.

El informador debe actuar pensando que es verdad, con una diligencia para esa información aunque no se ajuste del todo a la realidad; naturalmente, el periodista, como persona humana está sometido a posibles fallos, no es infalible. Como hemos venido repitiendo, la información no veraz, desinforma, la noticia falsa no es noticia, pero el ejercicio del derecho a la información no puede quedar, afirma Marc Carrillo, “encorsetado en una noción rígida del concepto *veraz*”(56), pues entonces, “la única garantía sería el silencio” (STC 168]86). No podemos compartir esta última afirmación del TC, pues el silencio es la oclusión de la noticia en sus fuentes. Silenciar una información que debe darse, por temor a equivocarse, será, en su caso, una coraza defensiva para quien tiene el deber de informar, pero nunca servirá al legítimo derecho a la información que tienen los ciudadanos, no podemos olvidar que el informador es un delegado de la sociedad para ejercitar un

derecho que el ciudadano por sí mismo no podría ejercer. Hay una especie de “contrato moral” entre ambos extremos, que nos hace cuestionar la expresión del TC cuando ante la imposición de la verdad en la información argumenta que “la única garantía sería el silencio”.

En SS TC 28]1996, 26 de feb. , 52] 1996,26 de mar.,entre otras muchas, la veracidad de la información es considerada una condición subjetiva. “El derecho a comunicar información veraz, aunque no deja de amparar las afirmaciones controvertibles, sí requiere de quien las transmita una específica diligencia, ya que el derecho constitucional no ampara no sólo ya la “información” que se sabe inexacta por quien la transmite, sino la que, difundida sin contraste alguno con datos objetivos y carente de toda apoyatura fáctica, se revela después como no acreditada en el curso de un proceso”(57)

La veracidad exigida al periodista es pues la que se desprende de la búsqueda honrada de la verdad, esto es, del deber de diligencia. “La veracidad no equivale a la realidad incontrovertible de los hechos” (...) sino que exige a quien la difunda “un deber de buscar la verdad”(58)

Se concreta en esa “verdad suficiente”, según Cremades. “Se trata, en definitiva, de que los informadores ejerzan su profesión con la debida honestidad intelectual. Con ello podemos hablar de “verdad suficiente”, esto es, la verdad subjetiva del informador diligente que habitualmente goza de un cierto grado de fidelidad a los hechos, a la realidad”(59).

Hay que tener en cuenta, además, que la gravedad aumenta con el prestigio del informador porque aumenta su responsabilidad. Es decir, hay una relación directa entre la credibilidad del público en la persona que informa y su veracidad, tema tratado con elocuencia por el profesor Desantes, para quien el deber moral de informar “es mayor en el informador veraz que en el mendaz o falaz” (60) y que resulta del todo evidente, pues en cualquier ámbito de la vida, produce más daño la falsedad de alguien en quien se ha puesto toda la confianza.

En este sentido alude el TC a la “diligencia media del informador”(61) A la prueba de esa diligencia se refiere también Rubio de la Torre (62)

Hemos hablado ya en este estudio de la imposibilidad humana para conocer la verdad de forma absoluta.

Ciertamente, el art.20 de la CE no reconoce el derecho a recibir cualquier información sino la información veraz, con las notas que hemos venido apuntando, es decir, una veracidad que no tiene por qué coincidir exactamente con los hechos. La distinta versión de las cosas -un mismo hecho se explica de diferentes maneras- es un imponderable del pluralismo de los seres humanos, por tanto, la verdad absoluta no existe, en el sentido al que nos estamos refiriendo. Sí es posible y debe haberlo, como se ha repetido ya, un acercamiento máximo a ella, comprobando los hechos reales y objetivos; no dando por cierto lo que no esté verificado. Es la no mentira. A ello se refiere el TC cuando dice que “El ordenamiento no presta su tutela a (...) la conducta de quien comunique como hechos simple rumores o insinuaciones insidiosas...” (STC 6]1988. F 5º)

“Lo que da veracidad a la difusión de un hecho es que el periodista haya sido diligente en su averiguación, haya hecho lo posible para dar la información de la forma más correcta y haya tenido una actitud positiva hacia la verdad; esto supone que el hecho haya sido comprobado de manera razonable con otros datos objetivos, o que el informador haya contrastado su veracidad, realizando las verificaciones oportunas.

La veracidad no se refiere tanto a la exactitud de la información como a la posibilidad de probar que el informador ha actuado con el celo suficiente para llegar a la convicción de que el hecho es razonablemente veraz.”(63)

Una vez puestos todos estos medios es posible que la información sea errónea pero no quedará desprotegida constitucionalmente si cumple con los tres requisitos: hechos objetivos, comprobados y actitud positiva hacia la verdad.

Así lo sostienen también los profesores De Estaban y González Trevijano afirmando que “el requisito de la veracidad exigido por el art.20 CE obliga únicamente a que el informador no transmita noticias sin fundamento y que haya desplegado un mínimo de actividad investigadora sobre la que basar los hechos que pone en conocimiento de la opinión pública (...) Por lo demás, los buenos periodistas mantienen que una noticia puede ser considerada “veraz” si se verifica en tres fuentes de información diferentes, lo que evidentemente puede ser una clara garantía” (64)

Muñoz Alonso encuentra aquí una cierta influencia de la jurisprudencia norteamericana, ya que “en el desarrollo de la jurisprudencia del TC, ya a partir de los años ochenta, se percibe claramente la impronta doctrinal norteamericana” (65)

El TC así lo afirma reiteradamente: “... Determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de actuación del mismo (...) La veracidad de la información no es sinónimo de verdad objetiva e incontestable de los hechos sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto, o si se prefiere, de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente la información...” (66)

El informador tiene un deber de comprobar la veracidad pero “... Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente no puede excluirse totalmente. Y el TC lleva al extremo este punto en la expresión anteriormente criticada y que se completa en lo siguiente: “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”(67) Como ya se ha comentado, estas afirmaciones resultan peligrosas.

Así pues, “ información veraz en el sentido del art. 20.1,d) , significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias”(68).

La casuística del TC respecto de la exigencia y requisitos de la veracidad informativa es muy extensa. Pero, en todo caso, lo importante para el alto tribunal es la actitud del informador. Cosa lógica por otra parte ya que el imperativo de la rapidez y la actualidad informativa no parece compatible con la demora que supondría, en algunos casos, poder contar con todos los datos para deducir el carácter incontrovertible de la noticia. En el fondo, iría contra el mismo derecho a la información de los ciudadanos. La inmediatez implica un riesgo de error evidente que el TC ha querido subsanar con la actitud de máxima diligencia del informador en la búsqueda de la verdad y en su comprobación:

“El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador (...) evitando la propagación de noticias que aun procediendo de sedicentes fuentes bien informadas no se han perocupado de contrastar con diligencia razonable y resulten después ser lesivas al derecho al honor o a la intimidad personal, cuya falta de fundamento pudo comprobar si hubiese desplegado esa diligencia, que, a tal efecto, exige el ejercicio serio y responsable del fundamental derecho a comunicar información” (69)

Pero en este párrafo, según unestro criterio, confunde el TC dos conceptos diferentes: la veracidad y la verosimilitud. Esta segunda consiste en la apariencia de verdad, es decir “la comunicación de un hecho falso que podría ser verdadero”

(70), según Desantes Guanter. La falsedad verosímil -y el mayor de verosimilitud es, precisamente, la veracidad de la fuente- ocupa el extremo de la injusticia". (71)

La verosimilitud puede ser más peligrosa que la misma mentira, pues es igualmente falsa pero más creíble en algunos casos. Por ejemplo, todo el mundo creería que un político mayor y enfermo muriera de repente. Luego esa noticia, si fuera falsa, sería creída con facilidad por la mayoría del público.

Finalmente, creemos oportuno hacer una observación respecto al tratamiento que el TC dá a la veracidad. Ocurre que no siempre dicho Tribunal aborda del mismo modo el tema de la verdad de la información. En algunas sentencias la veracidad de la noticia es exigida con rotundidad, en contraste con el mensaje de opiniones o juicios, o crítica, (STC 105]1990 de 6 de junio) "...cuando se persigue, no dar opiniones sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende solamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas." En otras sentencias no se expresa tan claramente este requisito de veracidad de la información:

"la información rectamente obtenida y difundida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente" (SSTC 6]1988, 107] 1988, 105]1990, 171]1990 y 172]1990)" (72); o bien:

"la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente ciertos" (STC 172[1990 de 12 de noviembre); o "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 seguridad jurídica sería el silencio" (STC 6] 1988 de 21 de enero. F 5) -que se ha comentado ya-

O bien "La realidad incontrovertible constreñiría inevitablemente el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y

exactamente demostrados” (STC 143]1991), y más elocuentemente “ La veracidad de la información no es sinónimo de la verdad objetiva e incontestable de los hechos...”(SSTC 133]1995, 105]1990, 20]1990, entre otras)

Esta falta de unidad de criterio del TC en tema tan relevante resulta ser un verdadero motivo de confusión y de dispersión a la hora de llevar a la práctica y enjuiciar justamente cada supuesto concreto.

d) Rectificar el error.

Otra cuestión es la relación que establece el TC entre la diligencia y la rectificación de informaciones que resulten erróneas. Así dice: “En estos casos singulares en que se trata de indagar en la actitud diligente y responsable del informador (STC 40/1992 FJ 2) no cabe desconocer el hecho de la pronta corrección posterior de la información publicada que resultó parcialmente errónea. En efecto, la incorporación de una rectificación cuando se produce de modo espontáneo por el propio autor de la difusión o el medio que la divulgó, por su propia iniciativa o a indicación del interesado, -como aquí ha ocurrido- es sin duda reveladora de la actitud del medio de información o del periodista en la búsqueda de la veracidad de lo informado.

(...) Rectificación a la que, en este caso, efectivamente se procedió tan pronto como el periodista y el medio tuvieron conocimiento, a instancia de la persona afectada, que ésta no había intervenido en los hechos relatados (...)

Esta rectificación, y el alcance con que fue realizada, muestra que en este caso el error fáctico no fue malicioso y que por consiguiente no actuó el informador con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado...” (73)

La noticia puede ser no verdadera por error o por engaño. Del engaño responde siempre el informador; del error, responde si es superable. Si el error no es superable, no existe responsabilidad por la comunicación no verdadera. Si el error fuera superable, “es exigible la responsabilidad porque la difusión de la no

verdad denota que ha exigido negligencia o falta de diligencia suficiente del que informa". (74)

e) La trascendencia pública. El interés público

Los hechos difundidos deberán ser "noticiables" es decir de trascendencia pública, pues "no es posible concebir una auténtica democracia si no se informa de todo cuanto sucede y puede importar, por su trascendencia, a la opinión pública". (75)

"La legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a que se refiere, puesto que, de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y la intimidad de las personas con afirmaciones (...) que resulten injustificadas por carecer de valor alguno para la formación de la opinión pública"(76)

"El efecto legitimador del derecho de información (...) requiere no sólo que la información sea veraz -requisito (...) no suficiente- sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no prevalece frente al derecho al honor o a la intimidad"(77)

"Puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información" (78)

La expresión que utiliza aquí el TC de "su vida privada más íntima" mezcla dos importantes conceptos: intimidad y vida privada. Y es que intimidad y vida privada se confunden habitualmente; cierto que la prensa utiliza ambos términos

de forma indistinta pero, como puede observarse y volveremos a constatar, también lo hace el TC. Se olvida aquí que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental anclado en la dignidad de la persona humana (art.18CE), sin embargo la vida privada se refiere a una esfera personal que puede compartirse, y de hecho se comparte y se comunica.

A la distinción entre lo íntimo y lo privado nos referiremos más ampliamente en el capítulo dedicado a la obtención de información y posterior difusión. Pero advertamos desde este momento algunas diferencias a la luz de la inadecuada terminología del TC.

Lo íntimo pertenece a la persona en un grado tan alto que lo propio es que no se llegue a comunicar nunca, mientras lo privado, aun siendo personal, lo propio es que se comunique, según Rodríguez Pardo.(79)

Y Desantes Guanter considera que mientras la vida privada puede ser objeto del mensaje, “la vida íntima no sólo no es informable sino que ni siquiera es investigable”(80)

No es indiferente la utilización de uno u otro término; no resulta clarificador, puesto que debajo de cada uno de ellos se esconde un concepto de distinta naturaleza jurídica.

La veracidad, como se ha venido diciendo, junto al carácter noticiable de los hechos, es requisito imprescindible para la información, y lo que en realidad la distingue de la libertad de expresión o difusión de opiniones. “Únicamente una información que conjugue estas dos exigencias puede contribuir realmente a la satisfacción de la función institucional propia de dicha libertad, esto es, a la formación de una opinión pública libre y plural, propia de un estado democrático (...) (SSTC 107/88, 171/90, 214/91, entre otras)

La distinción entre pensamientos, ideas y opiniones de un lado y comunicación de hechos por otro, es clave para determinar la legitimidad del ejercicio de estas libertades, pues “mientras los hechos, por su materialidad son

susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud..." (STC 107/88)

Pero la separación de los hechos y las opiniones no siempre resulta fácil. "Es prácticamente imposible una rigurosa delimitación entre la exteriorización de una opinión y la comunicación de un hecho, pues al ser los hechos la materia sobre la que reposa la opinión, la mera transmisión refleja ya una opinión". (81)

Muñoz Machado afirma que "Limitar la información a los hechos... es inadmisibles porque priva a la libertad de información de alguno de sus componentes constitucionales más excelentes como son la excitación del debate público y la crítica" (82)

El mismo TC sigue abundando en el asunto cuando dice que "Aunque este Tribunal ha tratado de deslindar las fronteras entre la libertad de información y la libertad de expresión, poniendo el acento, respecto a la primera, en la narración de los hechos y respecto a la segunda en los elementos valorativos para la formación de la opinión, al mismo tiempo ha reconocido que la comunicación de hechos o noticias "no se da siempre en un estado químicamente puro" - (83)

"En la práctica es normal que la información incluya elementos valorativos que no llegan a desnaturalizar el derecho a la información siempre que el elemento preponderante de lo comunicado sea el informativo, debiéndose a este respecto señalar que la valoración de los hechos constituye también un elemento fundamental del derecho de información en el que se incluye la actitud crítica, incluso enérgica o áspera siempre que los términos en que se exteriorice no sean desmesurados o desproporcionados con la finalidad de oposición o repulsa que la misma pretende (...)

Esta mezcla de descripción de hechos y opiniones, que ordinariamente se produce en las informaciones, determina que la veracidad despliegue sus efectos legitimadores en relación con los hechos pero no respecto de las opiniones que los acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan..." (84)

Una vez más el TC no resulta clarificador en el tema informativo. De nuevo nos parece tajante su rotundidad para referirse a la imposibilidad de delimitar los hechos de las opiniones. “Es imposible” resulta una expresión terminante y reduccionista. Ciertamente, la opinión se basa en un hecho, que debe ser verdadero, y de ahí que se requiera no la veracidad sino la sinceridad, es decir, la coherencia entre lo pensado y lo que se comunica.

Ciertamente los hechos van envueltos en opiniones pero no se puede afirmar que sea prácticamente imposible delimitar unos y otros. Ello podría poner en tela de juicio la existencia de los mensajes fácticos y su gran repercusión social y jurídica. No se menoscaba aquí la riqueza de las opiniones y las críticas en un debate público, lo que se considera imprescindible es distinguir con la mayor nitidez posible, los hechos de los comentarios.

¿Qué ocurre en el caso de difundir una información a través de una entrevista o una crónica en un acto público o la transcripción de unas declaraciones hechas en otro medio. ?

“En supuestos como el presente el requisito de la veracidad opera respecto de dos hechos distintos -y en dos formas también distintas, y lo hace además en dos momentos sucesivos y frente a dos sujetos diversos: por un lado y en primer lugar, respecto de la declaración atribuída por la revisista a una persona; de otro, y en segundo término, respecto de lo que ésta ha declarado, correspondiendo en cada caso la posible responsabilidad en la que se incurra, respectivamente, al medio y al tercero. No obstante, la diversidad de hechos (declaración por un lado y contenido de la declaración por otro) encuentra un punto de conexión en el requisito de la relevancia pública y un nuevo punto de divergencia en el tipo de veracidad exigible en cada caso”. (85)

La legitimidad del derecho a emitir información veraz exige según el Tribunal Constitucional, que se trate *hechos* de interés público, “noticiales”, que se de la *veracidad* de la información y “que el informador haya comprobado con prudente *diligencia*, contrastándola con datos objetivos, la noticia que da, ya por escrito, ya por otro medio”. (86)

Hay que hacer constar que las imprecisiones del Tribunal Constitucional en esta materia, referidas a la veracidad, a la diferencia entre hechos y opiniones, a la diligencia, entre otras, resultan de suma importancia a la hora de ponderar cada supuesto, y no nos ayudan a deslindar, claramente como se merece el asunto, la licitud o no, de una conducta.

1.2.2.- El temerario desprecio hacia la verdad

La segunda condición según el art.205 de la imputación del delito de calumnia es que se haya realizado “*con temerario desprecio hacia la verdad*”. El desprecio implica un especial de desinterés, una actitud mantenida.

El desprecio tiene siempre un origen voluntario, conocido y querido. La falta de estima hacia algo o hacia alguien en que consiste el desprecio solamente es posible de manera consciente; de lo contrario más que desprecio sería ignorancia. “Es importante subrayar este carácter de voluntariedad, en tanto en cuanto el Código Penal habla de “temerario desprecio”, a modo de confusa contradicción. (...) De otro lado, el desprecio existe cuando es captado por una segunda persona pues el *pensamiento no delinque*. Desde este punto de vista, no hay desprecios puntuales, ni imprudentes, ni desconocidos. “El desprecio a la verdad” consiste en una actitud de recurrente rechazo al análisis comparativo de la información recibida con la realidad observada o captada.” (87)

Ya se ha dicho aquí que la verdad se obtiene como resultado del contraste del pensamiento con la realidad y de su concordancia, de su deducción.

Desprecio es desinterés, desatención a los riesgos de la propia conducta y, por tanto, despreocupación o ignorancia de los daños que puede producir en otro. El temerario desprecio es un caso de “ceguera sobre los hechos”, para Pérez del Valle: el autor se comporta con “temerario desprecio hacia la verdad” cuando no se representa la posibilidad de que la imputación sea falsa (por tanto, actúa sin dolo) porque los aspectos a los que se refiere la imputación y, entre ellos, la dignidad personal del afectado y su contexto social no le parece que sean merecedores de su atención. “(88)

Concluye el autor que si el “temerario desprecio hacia la verdad” se entiende como un caso de “ceguera de los hechos”, quedan comprendidos todos los comportamientos que el autor haya hecho sin una convicción en conciencia de la verdad de su afirmación, y todos los que haya efectuado sin la comprobación necesaria.

. Acude al ejemplo siguiente: un periodista que imputa a un personaje público un hecho delictivo sin confrontar una información anónima o de un testigo interesado, actúa con temerario desprecio a la verdad, aun cuando mantenga que no se representó que la información podría ser falsa. Naturalmente, este parece ser un claro ejemplo de desprecio a la verdad. Por otra parte, “El periodista que efectúa una comprobación claramente incorrecta de la información, puede haber actuado con ceguera de los hechos, si una leve atención le hubiera permitido observar la incorrección de la vía de comprobación buscada; o incluso “con conocimiento de la falsedad” si se representó la posibilidad concreta de que la información fuese falsa”. (89)

El temerario desprecio hacia la verdad ha sido interpretado hasta el presente con diferentes matices: por una parte, quienes lo consideran equivalente al “dolo eventual”, “cuando el autor haya sido consciente del peligro concreto de afectar el honor de alguien”, sin esta conciencia no es posible expresar el desprecio por la verdad -Bacigalupo (90)- ; para otros, como Serrano López (91), se trata de la

“actitud del autor frente a la verdad” y de “cierta labor de contraste y comprobación”. Hay quien lo relaciona con el “grave atrevimiento”, la “desfachatez” o la “indiferencia”, así Cobos Gómez de Linares⁽⁹²⁾

Algunos autores ponderan el temerario desprecio a la verdad junto a la falsedad subjetiva.

Después de referirse a cómo la información falsa o errónea puede considerarse válida si ha sido contrastada con diligencia aunque con resultado insuficiente, Maciá Gómez afirma que “por el contrario, el *desprecio a la verdad* sí que es un dato extremadamente comprobable”.⁽⁹³⁾

No podemos afirmarlo desde este estudio con esa rotundidad, pues aunque ofrezca menos dificultad que probar el conocimiento de la falsedad, puede haber casos en los que aquella comprobación no sea posible tampoco, precisamente por tratarse de una conducta anclada en el sentimiento humano, tan difícil de descifrar.

Estamos más de acuerdo con Pérez del Valle para quien la verdadera dificultad está en “la exigencia del conocimiento del peligro (...) si no existe prueba del conocimiento o de la representación del peligro de la falsedad de la imputación, no cabe afirmar que existiese temerario desprecio hacia la verdad. Si con el temerario desprecio a la verdad se exige, por tanto, el conocimiento del peligro de la falsedad de la imputación, el resultado real no sería diferente del que podría sostenerse con el texto anterior del art. 453 CP derogado, siempre que se hubiera prescindido del elemento subjetivo específico que conforma el *animus difamandi* y hubiera afirmado la existencia de dolo con el mero conocimiento del riesgo de que información fuese falsa, y se considerase probada esta representación en caso en los que la información no hubiere sido confrontada. En otras palabras: la modificación del texto legal hubiera permitido tan sólo una aproximación a algunas consecuencias ya adoptadas la por algunos sectores doctrinales, en relación con el concepto de “dolo con conocimiento”.⁽⁹⁴⁾

Lo que sí parece claro es que resulta contradictorio el calificativo de “temerario” al “desprecio” a que se refiere el art. 205 CP, puesto que si el desprecio es doloso y voluntario, cosa que parece indudable, no cabe llamarlo imprudente o temerario. “temerario ha de entenderse el desprecio de máximo alcance o de alcance incontrolable por el que lo ha efectuado, pero no afecta al carácter interno del desprecio, siempre conocido y querido. Temerario desprecio es el que no quiere controlar sus resultado. Temerario desprecio a la verdad es la actitud consciente de no dotar de importancia alguna al resultado de la veracidad o de la falsedad de la imputación”(95)

Después de lo dicho hemos de concluir que el desprecio se refiere a una conducta libremente adoptada, elegida, y, por eso, responsable. Las conductas humanas se expresan, para bien o para mal, y están por eso en relación con las dos grandes posibilidades abiertas al hombre: la verdad y la mentira. “La vida humana es autojustificación” (96). Siempre se actúa por algo y para algo, y si falta esa justificación, la conducta se invalida y resulta imposible la coherencia que sólo la veracidad permite. Esto vincula estrechamente lo estimable o lo despreciable a la veracidad. Por eso la tarea más apremiante y urgente entre la convivencia es la distinción entre lo que es verdadero y lo que es falso.

1.2.3.- Elemento subjetivo. El dolo. El *animus difamandi*

El nuevo CP no establece la necesidad del *animus difamandi* en el delito de calumnia. El TC lo ha venido considerando criterio insuficiente. Sí el dolo. Siguiendo la redacción del art. 205 hay que “diferenciar en el plano de la culpabilidad entre las dos modalidades alternativas de imputación que el propio precepto incorpora, siguiendo las pautas marcadas al efecto por la jurisprudencia del TC, a saber, “con conocimiento de su falsedad” o “temerario desprecio hacia la verdad”, coincidiendo la primera de ellas con el dolo directo, en tanto la segunda con el dolo eventual.” (97)

Asimismo se expresa Ruiz Vadillo: "La calumnia es la imputación de un delito con conocimiento de su falsedad (supuesto doloso: art.10 CP) o con temerario desprecio hacia la verdad (que viene a ser, a mi juicio, muy provisional, como una especie de dolo eventual o superimprudencia), sobre la base de que hay dolo directo cuando la voluntad del sujeto se dirige al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesariamente ligadas al mismo, y de que es eventual cuando el sujeto aprueba el resultado lesivo de su acción, existiendo, por último, imprudencia cuando se omite en la acción, y excepcionalmente en la omisión, la diligencia debida a la persona en función de las circunstancias de tiempo, lugar y circunstancias concurrentes". (98)

Insiste en este punto Vega Ruiz, "Para que el delito de calumnia pueda existir es necesario no sólo el hecho objetivo de la falsedad, sino también el conocimiento por parte del sujeto activo de que se falta a la verdad al atribuir al ofendido la conducta que la ley considera delito, porque únicamente sobre la base de tal conocimiento se puede concebir la existencia de un propósito de falsa imputación que es lo que constituye el propio y verdadero atentado punible contra el honor y la buena fama del sujeto pasivo (...) El propósito criminal ha de estar perfectamente acreditado, pues no puede olvidarse que nos movemos en una época en la que se produce la mayor libertad y la mayor permisividad a la hora de manifestar, en relación con los demás, nuestras expresiones (de alegría, de enfado, de divertimento, etc) (99)

" El término "desprecio" parece presuponer, según la interpretación más segura, "dolo eventual". (100)

Así pues, el elemento subjetivo de la calumnia, se encuentra el dolo. Pues en esa complicidad con la mentira en que consiste el conocimiento de la falsedad, no es posible que no acompañe una estimación o valoración de lo que se hace o se afirma sobre las conductas ajenas.

La imputación del delito ha de ser dirigida a lesionar el honor y la dignidad de la persona aludida: “el dolo tiene que abarcar, necesariamente, el conocimiento de que la acción imputada, en caso de ser veraz, sería constitutiva de delito” si bien “no existe una correlación entre la gravedad del delito imputado y la gravedad subjetiva del injusto”, ni se requiere “ninguna finalidad relativa a la publicitación de la imputación falsa del delito”. (101)

En cuanto a la desaparición de un ánimo específico, añadido al dolo, “Carece de toda vigencia la discutible doctrina jurisprudencial que exigía en el delito de calumnia como elemento subjetivo del injusto un ánimo específico de difamar...” (102), se puede apreciar una evolución de la jurisprudencia en este sentido, que va desde considerar imprescindible en la calumnia la existencia de un ánimo especial difamatorio, un “dolo específico” (STS 26 febrero 1992), “intención anímica” (STS 15 de julio de 1988 y 27 de noviembre de 1990), hasta considerar el *animus injuriandi* como criterio insuficiente, en favor de la libertad de expresión.

Así, en la STS de 20 febrero, 91 se decía “El elemento subjetivo del injusto en el delito de calumnia y en el de injurias, a pesar de tener, y no hay necesidad de insistir en ello, un cierto perfil diferenciado (uno y otro atentan contra el mismo bien jurídico), tiene una significación común esencial hasta el punto que no admitiendo otra modalidad que la dolosa, la calumnia constituye una injuria cualificada al imputarse al sujeto pasivo la realización de un hecho que representa las infracciones más graves y trascendentes del ordenamiento jurídico “ (103)

Discrepamos de lo dicho anteriormente, pues en este punto es esencial la distinción entre calumnia e injuria. Si bien la calumnia pudiera calificarse, en algún momento como “injuria cualificada”, no creemos posible que se pueda afirmar al revés. Es decir, la injuria nunca será calumnia porque no consiste en un mensaje de hechos sino en un juicio de valor. Mientras la calumnia imputa un hecho delictivo, que además es falso, la injuria es un insulto. Ciertamente ambos delitos atacan al

honor, la injuria lesiona la dignidad, y la calumnia lo hace también a otro bien igualmente o máspreciado: a la verdad y por tanto a la información. Ataca al honor, ya se ha dicho, precisamente porque ataca a la verdad es decir, porque los hechos que se comunican son falsos. De no serlo, no existiría delito ya que nadie puede buscar el amparo de la ley frente al deshonor causado por sus propios actos, como afirma, entre otros, el TC (STC 50 1983 de 14 de junio). (104)

La injuria, por su parte, lo es siempre, porque ataca a la dignidad que no depende de la actuación de la persona. Por eso no cuenta aquí la veracidad de la información. De ello tratamos con amplitud en el capítulo siguiente. Valga ahora subrayar que esta confusión entre ambos conceptos, y por tanto entre ambos delitos, no ayuda precisamente a la protección de la información. El nuevo código no parece resolver esta cuestión, ya que contempla una figura impropia, como “las injuria que consisten en la imputación de hechos” (art. 208, párrafo 3).

Sobre el *animus difamandi* o la intencionalidad se manifiesta Vega Ruiz al referirse a la intención de calumniar o ánimo difamatorio en relación con la libertad de prensa: “Si bien la redacción de los tipos de calumnia e injuria inclina a estructurar la calumnia sobre bases objetivas y la injuria sobre bases subjetivas y finalistas, se ha intentado en los últimos tiempos la aproximación de ambos delitos por el camino de la culpabilidad. Hoy es doctrina “cuasi pacífica” la de que tanto en la injuria como en la calumnia lo importante y decisivo es el elemento subjetivo, es decir la intención que el autor persigue, en ambas infracciones, para atentar contra el honor y la fama del sujeto pasivo. (105) Como se puede observar, nuevamente se está dando un tratamiento similar a ambos supuestos.

En la STS de 26 de febrero de 1992 se dice que la calumnia “ requiere un dolo específico porque con tales expresiones ha de señalarse concretamente el hecho y la persona, un hecho y una persona. Han de ser imputaciones concretas e inequívocas sin que basten las frases de carácter vago, genérico o ambiguo. Esa

especialidad constituye el soporte de la intención anímica (STS de 15 de julio de 1988 y de 27 de noviembre de 1990) y que difícilmente puede deducirse tal intención difamatoria cuando, ciertamente que de manera poco elegante, se formulan una serie de denuncias, incluso de posibles figuras delictivas, a través de las cuales no se llega a concretar e individualizar delitos e infracciones...”

La STS de 18 de marzo de 1994 se refiere al dolo específico que debe apreciarse en la actuación del agente, o ánimo tendencial difamatorio.

Ya para la STS de 8 de abril de 1996, en la calumnia “no es necesario atender al ánimo difamatorio, como en el caso de injuria, partiendo del carácter objetivo de la calumnia consistente en la imputación de hechos falsos, con independencia de las motivaciones que la impulsen”.

. Otros móviles

Subrayamos también que en la STS (Sala Segunda) de 1 de febrero de 1995, en su Fundamento Primero, se declara que el ánimo de difamar no es la única intención, y se consideran “otros móviles”, sobre todo refiriéndose a la actividad informativa; así afirma que en el delito de calumnia que “exige como requisito esencial para apreciar la tipicidad y la culpabilidad, la concreción, precisión y determinación tanto del destinatario como de las imputaciones delictivas atribuidas al mismo (...)”

(...) ha de precisarse la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de infamar o intención especial de difamar al destinatario (...) voluntad de perjudicar el honor de una persona *animus infamandi* revelador del malicioso propósito de atribuir a otro la comisión de un delito, con finalidad de descrédito o pérdida de la estimación pública, *sin que sea exigible tal ánimo como única meta del ofensor*, (las cursivas son nuestras) bastando con que aflore, trascienda u ostente papel preponderante en su actuación sin perjuicio de que puedan hacer acto de presencia cualesquiera otros móviles inspiradores, criticar, informar, investir, etc. ,

con tal de que el autor conozca el carácter ofensivo de su imputación, aceptando la lesión del honor resultante de su actuar. “

Este punto es importante para nuestro tema, pues la noticia verdadera excluye la intencionalidad de descrédito, cosa que resulta fácil de entender y así lo interpreta el TC: “Un tribunal cuando juzga un caso de injurias o calumnias, examina si se ha ejercitado legítimamente el derecho a la libertad de expresión o de información: si es así no puede haber delito” (STC 320]1994, F3) existe información veraz e interés público

Los tribunales de justicia y el mismo TC han distinguido entre las diversas intencionalidades (*animus*) que puede tener un periodista - o un ciudadano- cuando explica unos hechos o valora unas actitudes. Una cosa es el *animus criticandi* -o “propósito de criticar o censurar constructivamente el comportamiento ajeno” (STC 51/89, " Capitán de Caballería")- y otra el *animus injuriandi* o intención específica de injuriar, de promover en la sociedad el rechazo social hacia una persona mediante una expresión de desprecio (STC 170/94. Diario de Málaga)

Otras sentencias hablan de *animus narrandi*, (Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla. S. 28 ene.1988) o de *animus incoandi*, cuando efectivamente hay una expresión deshonrosa pero en dentro de un espíritu de amistad o de broma que excluye toda intencionalidad de ofender. En el caso de la calumnia se habla también de *animus difamandi* o voluntad de difamar. (106)

Es importante considerar que el delito se excluye cuando la información se ha dado legítimamente. Como se ha dicho, el *animus injuriandi* se considera insuficiente a favor de la libertad de expresión. Así, en la citada Sentencia referida al Capitán de Caballería el TC dice lo siguiente: “Desde la primera de estas perspectivas es inevitable el enjuiciamiento del *animus injurindi*, cuya aplicación al caso concreto corresponde a los tribunales penales. Pero desde la segunda resulta indispensable determinar si el ejercicio de las libertades del art.20 CE ha actuado en cada caso como causa excluyente de ese *animus* y por tanto de la antijuricidad

atribuida al hecho enjuiciado. En este sentido, el órgano judicial que en principio aprecia la subsunción de los hechos en un determinado tipo delictivo está obligado a realizar, además, un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información protegido por el art.20 de la Constitución, por tanto en posición preferente, de suerte que si tal ponderación falta o resulta manifiestamente carente de fundamento se ha de entender vulnerado el citado precepto constitucional”(107)

El delito se excluye cuando la información se ha dado legítimamente.

Dice Maciá Gómez que frente a la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, que bajo la antigua normativa exigía un especial *animus difamandi* o *injuriandi* , (así entre muchas, las STS 24 de diciembre de 1986, 15 de julio de 1988 y 20 de marzo de 1990) a la vista de la nueva regulación que el CP de 1995 otorga a la calumnia y también a la injuria -aunque son diferentes - “ no cabe considerar precisa la concurrencia en el agente de ningún ánimo especial, encaminado a lesionar el honor de la víctima, resultando en ambos casos suficiente el conocimiento por su parte del carácter lesivo de la conducta ejecutada, así como la asunción de las consecuencias dañosas que para ese bien jurídico puedan derivarse de la misma.

De otra parte tampoco puede olvidarse a este respecto la que ha venido siendo hasta el presente doctrina continuada del TC, que niega al *animus injuriandi* carácter decisivo en la labor de ponderación, cuando el derecho al honor entra en conflicto con las libertades públicas de expresión e información habiéndolo calificado expresamente como criterio ponderativo *insuficiente* “(108)

Así lo expresa el TC en la siguiente Sentencia: “En todo supuesto de conflicto entre los derechos contenidos en el art. 20.1 a) y d) CE y el art.18.1 CE, los órganos judiciales habrán de llevar a cabo una ponderación, revisable en amparo, de unos y otros, en atención a la clase de libertad ejercida -de expresión o de información- y a la condición pública o privada del ofendido, siendo a tal efecto

insuficiente el criterio de *animus injuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de los delitos contra el honor” (109)

Bacigalupo expresa su postura basada en la protección del honor frente a calumniadores indolentes. Así opina que la exigencia de un elemento subjetivo complementario del dolo, como el *animus difamandi*, carece de fundamento preciso en el texto legal y, además “reduce la punibilidad de una manera no deseable. ¿Qué razón existe para no proteger el honor de las personas frente a calumniadores indolentes, conscientes del peligro de causar una lesión difícilmente reparable? (...) no se puede sino aprobar que el CP de 1995 haya introducido en su art.205 una ampliación de la punibilidad en los casos de dolo eventual, y excluido en forma expresa, de esa manera, toda referencia a un *animus difamandi*. El “*temerario desprecio hacia la verdad*” se dará cuando el autor haya sido consciente del peligro concreto que su imputación de un delito tiene para el honor de la persona” (110)

Se puede apreciar, pues, una evolución en la jurisprudencia respecto de este punto, fundamentada en la importancia de las libertades de expresión e información para la construcción de la sociedad democrática “*El animus injuriandi* ya no es el principal y casi único elemento a considerar (...) las libertades examinadas convierten en insuficiente el criterio del *animus injuriandi* (...), esta insuficiencia dimana de que los derechos fundamentales del art.20 exceden del ámbito personal por su dimensión institucional y porque significan el reconocimiento y la garantía de la opinión pública libre, y por tanto del pluralismo político propugnado por el art. 1.1 CE” (111)

No hay sin embargo acuerdo unánime para afirmar qué sentencia del TC inicia este cambio: un salto especialmente cualitativo -para Lorca Navarrete (112)- en la forma de contemplar la tensión entre libertad de expresión o información y derecho al honor representa la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia de 27 de octubre de 1987 del TC”

Para Jiménez-Blanco, sin embargo, “el punto de inflexión de la doctrina constitucional vino marcado por la STC 104/1986 de 17 de julio” (113)

No se contempla sin embargo la comisión imprudente, según lo dispuesto en el art. 12 CP: “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”.

1.2.4.- Sujeto pasivo. Personas jurídicas. Personas públicas. Personas fallecidas.

La cuestión de si, además del individuo como tal, una colectividad pueda o no ser víctima del delito de calumnia, nos lleva frente al tema del honor de las personas jurídicas y de los colectivos. Hay que distinguir también a las personas físicas que forman parte de una persona jurídica.

Persona jurídica es una organización humana “ encaminada a la consecución de un fin a la que el derecho acepta como miembro de la comunidad, otorgándole capacidad jurídica, dice Albadalejo,” (114) Por lo tanto con capacidad de gozar de derechos y obligaciones.

Asimismo el individuo puede formar parte de un grupo humano con personalidad, aunque no jurídica sí por ciertas circunstancias de cohesión estructural, en orden histórico, sociológico, religioso o étnico.

El honor de las personas jurídicas ha sido cuestión discutida

“De acuerdo con la concepción fáctica del honor, no hay excesivos problemas para reconocer que las personas jurídicas lo tienen. Si el honor lo reconducimos al aspecto externo del prestigio y la fama, las personas jurídicas pueden ser merecedoras de prestigio y fama. Pero desde la óptica de la concepción normativa como dignidad humana y derecho personalísimo, es claro que las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho al honor que solo puede

predicarse de las personas físicas. Esto no quiere decir, desde luego, que el prestigio y la fama de las personas jurídicas no deban ser protegidas, que deben serlo, pero desde otras normas que no se refieran a un derecho personalísimo.” (115)

Para Romero Coloma el honor es “la estimación que cada persona posee de sus cualidades y atributos, que podría denominarse honor *strictu sensu*, ya que se refleja en la conciencia de cada individuo y en la certeza o seguridad de su propia estima y prestigio. Este concepto de honor no es sólo interno, porque no permanece de una forma abstracta en la intimidad de la persona, sino que florece al exterior en cuanto colorario de la personalidad, ofreciendo un ámbito que los demás han de respetar”(116)

Cossío sin embargo opina que “el derecho al honor, como derecho fundamental solamente es atribuible a los individuos en cuanto tal, considerados como personas físicas” (117)

Y también Jaén Vallejo afirma que “debe negarse el derecho al honor a las personas jurídicas, y no sólo a las jurídico-públicas sino también a las jurídico-privadas, ya que sólo las personas físicas pueden gozar de este derecho que es incompatible con la naturaleza de las personas jurídicas...” (118)

La doctrina jurisprudencial sobre este extremo ha sido fluctuante, conviviendo pronunciamientos en ambos sentidos. Sin embargo, puede observarse una evolución del TC, como hace de forma clarificadora Ana Azurmendi: “Por su parte, dice, el TC que había mantenido una negativa clara a la atribución del derecho al honor de las personas jurídicas -Sentencias 64]1988 de 12 de abril y 107]1988 de 8 de junio- al afirmar que el derecho al honor sólo cabe predicarse de personas individualmente consideradas y que los derechos fundamentales que reconoce la Constitución son genuinos derechos subjetivos, cambia de orientación en 1991 y consolida este cambio en 1995. Se trata de las sentencias 214]1991 ,

conocido como el caso de Violeta Friedman, y de la Sentencia 139]1995 de 26 de septiembre” (119)

En la STC 107]1988 se afirmó que “el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, 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”(f.j. 2º)

El cambio se observa en la Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, *Caso Friedman*: “Violeta Friedman y el honor del pueblo judío” -frente a unas afirmaciones de Degrelle, quien en una entrevista declaraba sus dudas de que el genocidio sucediera, con expresiones denigrantes para los judíos-. En su FJ 6 se dice: “ Lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando estos sean identificables como individuos dentro de la colectividad (...) El significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental para que tengan protección jurisdiccional hayan de estar necesaria perfecta y debidamente individualizaos *ad personam...*”, FJ6. (120)

Son varios los autores que coinciden en considerar esta sentencia clave de la “transición” del TC hacia una línea más abierta, que va del no reconocimiento del honor de las personas jurídicas, a su protección. Para Escobar de la Serna, el TC comienza aquí a apartarse de su anterior criterio, (121) En opinión de Ortega Ruiz se ha operado esta evolución de la jurisprudencia del TC pasando del no reconocimiento del honor de las personas jurídicas a su protección, a partir de dicha Sentencia (121-bis)

Vera Santos considera a esta famosa sentencia como la “apertura del concepto personalista”. En ella, dice, “El TC procedió a elaborar una apertura del concepto de honor, abriendo la posibilidad de que resultase afectado aquél de personas pertenecientes a colectivos determinados, siempre que el ataque, con ir referido al colectivo, trascienda al mismo y llegue a los miembros componentes de éste, cuando estos sean identificables individualmente dentro de la colectividad”. (122)

En realidad, aunque el TC restituya el honor de la demandante, está protegiendo socialmente el honor del grupo o colectivo “el permitirse la legitimación activa y la conculcación del derecho al honor de los integrantes del colectivo, conlleva que socialmente “se protejan en amparo” increpaciones contra estos entes” (123) Ya que, como afirma Landrove, “en el fondo de todo ataque al honor de las personas jurídicas es el honor de los miembros que la componen el que está en juego y lo que se discute, en el fondo es si la actuación en defensa del honor atacado puede verse verificada, en forma más sencilla, por la vía corporativa” (124)

Más tarde, en la segunda sentencia que hemos citado como artífice del “cambio”, la STC 139/1995, se reitera y confirma esta postura del Constitucional afirmando este derecho al honor de las personas jurídicas en su Fundamento 5º :

“Aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las

mismas. El significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (...)

Resulta evidente que través de los fines para los que cada persona jurídica ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. " (FJ 5)

Del abandono por parte del TC de la línea personalista opinan algunos autores. Por su parte afirma Tasende que "la nueva doctrina jurídica constitucional que reconoce la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas, abandonando su concepción estrictamente personalista (SSTC 26 de septiembre y 11 de diciembre de 1995), como ya había establecido la jurisprudencia del TS (SS 28 abril de 1989 y 15 abril de 1992), no sin contradicciones (así las SS de 5 octubre de 1989 y 6 de junio de 1992, entre otras), no debe afectar al delito de calumnia, del cual, a diferencia de la injuria, entiende la doctrina mayoritaria que no puede ser sujeto pasivo una persona jurídica, ya que si éstas carecen de responsabilidad criminal y de capacidad para delinquir, conforme al axioma "*societas delinquere non potest*", no cabe que se les pueda imputar la comisión de un delito. En todo caso, no hay que olvidar como criterio interpretativo, la ubicación sistemática de los delitos contra el honor en el ámbito de los bienes jurídicos atribuidos a las personas físicas o individuales". (125)

Vera Santos muestra sus dudas ante este abandono de la concepción estrictamente personalista del TC: "Cabe recelar de este transpersonalismo (consistente en atribuir derechos fundamentales a las personas jurídicas en tanto así se protegen derechos de los individuos que las componen y nunca como

derecho propio de tal ente jurídico), ya que, esta postura no es suficiente para dotar de titularidad a la organización supraindividual al basarse en una argumentación que, llevada a los últimos extremos, dotaría a las personas jurídicas de la posibilidad de actuar en defensa de todos los derechos fundamentales de sus asociados". (126) Ver en este sentido Díez Lema (127). y Cruz Villalón (128). Martín Morales (129)

Así pues, el individuo puede formar parte de un grupo humano con personalidad, jurídica o sin ella, en virtud de determinadas circunstancias de cohesión estructural, en orden histórico, sociológico, religioso o étnico.

El artículo 9,2 CE reconoce derechos fundamentales a estos grupos, cuando dice que *"corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud..."*

A este tenor, dice Cruz Villalón que *"la titularidad de los derechos fundamentales por parte de esos grupos no es una consecuencia de que los mismos se encuentren dotados o no de personalidad, pues ello sería secundario. Para la CE estos grupos aparecen como titulares directos e inmediatos de determinados derechos fundamentales"* (130)

Pues, como afirma Romero Coloma, *"Aunque el honor es un bien jurídico inminentemente individual, se transfiere en cierto modo a las colectividades y agrupaciones de las que el hombre forma parte, por lo que es poseído también por la familia, sociedades, corporaciones y grupos humanos de cualquier clase, tengan o no personalidad jurídica"* (131)

Y refiriéndose a los fines sociales de estas corporaciones o personas jurídicas viene a decir Herrero Tejedor que en el caso de *"partidos políticos, sindicatos, fundaciones, asociaciones, confesiones religiosas sin ánimo de lucro, es decir, personas jurídicas caracterizadas por la reunión de una colectividad de personas*

físicas (*universitates personarum*), se debería reconocer el derecho al honor, pues su desprestigio haría muy difícil la obtención de sus fines sociales'(132)

El mismo TC expresa por su parte que "La Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones"(133)

Un ejemplo es el referido al pueblo judío, al que el TC ha reconocido legitimación activa y pasiva en las dos sentencias ya señaladas aquí: STC 214]91, de 11 de noviembre ("Caso Violeta Friedman"), y la STC176]1995 de 11 de diciembre, que ahora ampliamos

Estos sujetos, dice el TC, también pueden ser víctimas de delitos contra el honor. "Pueden resultar víctimas de la injuria o la calumnia como sujetos pasivos (...) Aquí y ahora es el pueblo judío en su conjunto, no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la diáspora al holocausto, quien recibe como tal grupo humano las invectivas, (...) Parece justo que si se le ataca a título colectivo pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados, para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano". STC 176]1995FJ3

Se afronta aquí el supuesto de un libelo vejatorio del pueblo judío. La información cuestionada se publicó en un tebeo, poniendo frente a frente el honor del pueblo judío y la libertad de expresión y de información que el responsable de la publicación invocaba. El Tribunal Constitucional expresa que "En lo que se dice y en lo que se calla entre líneas late un concepto peyorativo de todo el pueblo judío... una actitud racista contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente (...) en definitiva, a ese mensaje racista, ya de por sí destructivo, le sirve de vehículo expresivo un talante libidinoso en las palabras..." STC 176]1995. FJ5º . La sentencia se refiere, además, al público lector de la revista: la infancia y la juventud, especialmente protegida por la CE (art.20,4).

En los casos más problemáticos como los referidos a las calumnias, también la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirma que “ la posibilidad de que la calumnia tenga sujeto pasivo colectivo ha sido admitida por la jurisprudencia precisamente argumentando con la repercusión de la falsa imputación sobre las personas físicas de sus componentes” (STS 16 octubre de 1989)

Es evidente que el tema del honor de las personas jurídicas ha sido objeto de controvertidos debates. Lo que parece quedar claro es que el criterio del TC sobre este asunto ha evolucionado a favor de la protección de las personas jurídicas en caso de conculcación de su honor. De tal manera que puede apreciarse lesión al honor cuando el ataque a un colectivo trascienda a sus miembros siempre que estén identificados con dicha colectividad. Pues aunque el honor es un bien que pertenece a la persona como individuo, ésta lo transfiere al colectivo del que forma parte. Y en el concreto caso que nos ocupa, la calumnia, según el TS es posible que recaiga sobre un colectivo, pues una imputación delictiva falsa sobre uno de sus componentes, perfectamente identificado con aquél, supone, desde luego, una grave repercusión social. Nuestra actualidad social, económica e incluso religiosa produce, desafortunadamente no pocos ejemplos de esta afirmación, en los que una institución concreta queda afectada por el comportamiento, o por la calumnia sobre uno de sus miembros.

Las personas de *relevancia pública* son más noticiables. “El derecho a ser informado de los ciudadanos entra en juego con fuerza cuando la información se refiere a una persona pública; en estos casos, el derecho al honor de la persona pública se debilita en aras del interés general”. Caso diferente es cuando tal derecho se refiere a un ciudadano con estatus de persona privada. “La concesión de un estatus especial a las personas de relevancia pública en la libertad de información no es más que una consecuencia de la ampliación del concepto de “hechos de carácter noticiables”; su situación de relevancia pública por ocupar una

posición especial de poder en el ámbito social o por ser un servidor de la cosa pública es más noticiable y su comportamiento ha de ser más transparente que el de una persona privada..." (134)

"No puede decirse que entre las personas privadas y las personas públicas se dé un honor distinto, dice O' Callaghan, pero sí un honor debilitado respecto a estas últimas" (135)

Para el TC , *Caso J.M García*: "La protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta no 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 -STC 165]1987- por lo que en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público" (136)

También se consideran personas de relevancia pública las que no teniendo contacto con la política se dedican a actividades que persiguen notoriedad pública en el campo de la vida privada" (137)

En sentencia del TC referida a *Diario 16* se dice "El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública o privada de la información varía, según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos, o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública, aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por lo tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública.." (F.j.2) (138)

Incluido está el caso de “los que realizan una actividad que busque la notoriedad a veces por causa de vanidad personal, pero generalmente persiguiendo un fama que le es imprescindible para el ejercicio de su profesión.” (139)

Así el TC en el caso *Caso Ana Obregón* dice que “Los artistas profesionales de espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo) que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas ha de afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado...” (F.j.3)(140)

Es decir, según doctrina del TC el derecho al honor se debilita frente a la información cuando sus titulares son personas públicas por ejercer funciones públicas o por estar implicadas en asuntos de relevancia pública; estas personas deben soportar otros riesgos por su misma condición libremente adquirida y ejercitada. Si bien esto es verdad, no es menos cierto que el mismo tribunal considera que “por el simple hecho de ser político no se deja de ser titular del derecho al honor” (STC 120/1992 de 16 de noviembre).

La conducta de las personas privadas no tiene interés para la formación de la opinión pública.

Otra cuestión es la del honor de las *personas fallecidas*.

Del art. 215.1 parece desprenderse que el sujeto pasivo de este delito ha de ser una persona viva. art. 215.1: “Nadie será penada por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por delito o de su representante legal”. A este respecto afirma Granada Pérez que “la persona fallecida no puede ser titular del derecho al honor en cuanto derecho personalísimo que se extingue con la

muerte. (...) Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en alguna sentencia, como es exponente la muy curiosa de 3 de febrero de 1984 (ponente Vivas Marzal), referida a la redacción que tenía el art.466 del derogado CP, vino a reconocer la posibilidad de que los muertos pudieran ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. En esta Sentencia se dice... 'Que la película cinematográfica de autos, el propósito de vilipendio, agravio y escarnecimiento del difunto José María, no sólo se trasluce, sino que se transparenta y hasta rezuma, por decirlo así, en el "factum" de la sentencia recurrida... Que es frecuente asegurar que las personas fallecidas no pueden ser sujetos pasivos de infracciones delictivas, pues en el art. 446 de dicho cuerpo legal, son los ofendidos, el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del agraviado difunto, en tanto en cuanto la injuria o calumnia trascienda a ellos, y, de ningún modo, el propio difunto. Pero, al argumentar así se olvida que, en el art.466 puede ejercitar la acción, "en todo caso", y sin necesidad de que trascienda a él, el heredero del agraviado difunto, sin que, para dicho heredero se exija, como ya se ha dicho, que el agravio, o la falsa imputación le afecte personalmente... Que el precepto mencionado no se refiere únicamente al ejercicio de acciones relativas o procedentes de las calumnias o injurias dirigidas a personas vivas que fallecieron antes de prescribir la infracción o después de haberse querellado, sino que también abarca aquellos casos en los que la imputación o la ofensa se dedicaron a personas ya difuntas o fallecidas... Que, lo que protege, el legislador, en esos casos... es el honor del difunto, su buena fama, su recuerdo, su renombre y memoria y ello no solo por el adagio "*de mortuis, aut bene aut nihil*", sino porque todo ser humano, además de la vida terrenal, temporal y efímera, y de la sobrenatural, perdurable, eterna y hasta infinita, según los creyentes, goza de una tercera vida, más o menos prolongada y duradera, que acaba feneciendo con el transcurso del tiempo, y, que es, desde luego "*post mortem*", que se mantiene entre sus deudos y parientes, que está especialmente obligado a respetar y hacer respetar su heredero como continuador de su personalidad, y que consiste en la huella que su paso dejó en el mundo sensible, y

en el recuerdo, memoria, renombre o buena fama que quedó de él, y que recoge el famoso epitafio: *Aquí yace muerto el hombre, que vivo queda su nombre...*

Esta sentencia, para el citado autor, constituye una excepción cuyo criterio resulta incompatible con la redacción vigente del art. 215.1 CP".(141)

En este mismo sentido expresa Mendizábal Allende, al referirse al derecho al honor que "este derecho subjetivo se asigna, en la ley y en la doctrina legal del TS, a la persona, en vida o después de la muerte, por transmisión de ese patrimonio legal a sus descendientes"(142)

Y Larenz opina que "el respeto de la persona fallecida obliga a abstenerse de manifestaciones que la rebajen y desfiguren; habrá de admitirse que el derecho de la personalidad se extingue con la muerte de su titular pero no obstante, ciertos familiares próximos están facultados, en cuanto fiduciarios, para defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido". (143)

"Aun siendo intransmisibles hereditariamente los derechos de la personalidad -dice Degni- los parientes pueden defender la memoria del difunto porque están ligados al fallecido por una solidaridad moral..."(144)

Asimismo, refiriéndose a las personas fallecidas, el TC afirma que: "parece indudable que en supuestos como el presente, en el que lo que se discute es si se atribuye a una persona ya fallecida su posible adicción a las drogas, la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación" (FJ2) (145). Se refiere en este caso a la memoria de una persona fallecida en relación con el derecho a comunicar información veraz.

Otra cosa es el caso en que la lesión al honor hubiera tenido lugar en vida del fallecido y éste no hubiera iniciado ninguna acción. "Si la lesión al honor tuvo

lugar en vida del ofendido después de que éste muera ya no cabe ejercitar la acción de protección, si el interesado pudo entablar la acción y no lo hizo”(146)

Es propio de un sistema jurídico coherente y justo que la persona fallecida no pierda su honor, como patrimonio legal y moral de sus descendientes. La ley LO 1]1982, de 5 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, (art.4) prevé este supuesto.

1.3.- Publicidad y culpa. Art.206. Publicidad y periodismo.

“Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad, y, en otro caso, con multa de cuatro a diez meses”.

En el CP antiguo se decía:

art. 454” *“La calumnia propagada por escrito y con publicidad se castigará con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas*

art. 445: *“No propagándose la calumnia con publicidad y por escrito, será castigada con las penas de arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 pesetas”.*

Como puede observarse, ambos textos distinguen el elemento de la publicidad a efectos de establecer la penalidad. El concepto de *propagación con publicidad* viene expresado en el nuevo Código:

art.211: *“La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta,*

la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante”

El Código derogado decía:

art. 463: *“La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propaguen por medio de papeles impresos, fotografías...”*

Lo primero que hay que subrayar en estos dos enunciados es una cierta confusión terminológica. Nos parece que se utilizan aquí tres términos fuera de sitio, tal vez porque el legislador no está habituado a tratar temas de comunicación. Nos referimos a los términos: publicidad, propagación y difusión.

La publicidad propiamente dicha nada o poco tiene que ver con el tipo de comunicación expresada en los art. 109 y 211, puesto que la publicidad es una comunicación propia de una actuación empresarial con el objeto de promover bienes y servicios. Así está definida en el art.2 de nuestra LGP : *“toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”*

En este mismo sentido se expresa la Directiva de la CEE 1984. También en el Estatuto de Publicidad (L.61]1964 de 11 de junio) actualmente derogado. El fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios es un lugar común en todas las definiciones de la actividad publicitaria.

Siguiendo a Santaella, *“las notas caracterizadoras de la publicidad, comunes a las definiciones legales, son las que se refieren a una comunicación realizada por un sujeto en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional con el fin de promover la contratación de todo tipo de bienes, servicios, derechos y obligaciones”*(147)

Por su parte el derogado Estatuto de Publicidad establecía en su art. 3 que *“no tendrán consideración de actividad publicitaria 1º- cualquier forma de difusión*

o información que no se oriente de modo mediato o inmediato a favorecer o promover la contratación de bienes o servicios.

2º- los edictos, anuncios, notificaciones y demás formas de información que se realicen en cumplimiento de prescripciones legales o reglamentarias.”

Concluye Santaella que “interpretando a *sensu contrario* el art.2 de la LGP resulta indudable que no pueden considerarse publicidad “a los efectos de esta ley” aquellas comunicaciones que no persiguen “el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” y “las comunicaciones e informaciones que se realicen en cumplimiento de prescripciones legales o reglamentarias”.

Este segundo criterio excluyente se basa en que “el fundamento de la comunicación publicitaria es la libertad pública: la de comunicar libremente información veraz. Cuando la comunicación no tiene origen libre y espontáneo - como en caso de una prescripción legal- no supone el ejercicio de un derecho (...) cualquier comunicación que se halle exigida por normas legales o reglamentarias no merece propiamente su consideración como publicidad” (148)

Que la publicidad es comunicación es claro. “Se trata de discernir, dentro del género de la comunicación, cuál es la diferencia específica de la comunicación publicitaria. (...) Según la LGP y el EP la comunicación será publicitaria cuando su finalidad sea la de promover, de forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la contratación” (149)

También entiende el autor por publicidad la comunicación que adopta un tono persuasivo, la comunicación que es ejecutada profesionalmente por agencia de publicidad, la que se inserta en medios publicitarios en espacios reservados para la publicidad, la que está obligada a identificarse como tal, y la que trata simplemente de informar sobre un determinado bien, producto o servicio sin tratar de forma directa de promover la contratación. (150)

En ninguno de estos casos puede encuadrarse la publicidad expresada en la injuria y la calumnia. Sería más acertado si el CP hablase de “hacer público” o “publicar” o “difundir” o “poner en conocimiento de los ciudadanos”.

En cuanto al término de **propagación**, parece estar aludiendo a la idea de propaganda, que nada tiene que ver con el supuesto que se estudia, ya que la propaganda es una comunicación ideológica y persuasiva, unas técnicas “tendientes a influir con fines ideológicos en el comportamiento humano”, según Declaración coloquio Publicitario. México, 1969. Las técnicas son semejantes a las publicitarias, pero no la finalidad, que en el caso de la publicidad es comercial y en el de la propaganda, ideológica.

Resulta muy aclaratorio el planteamiento que hace Desantes Guanter al hablar de las diferentes potencias humanas a las que se dirige la comunicación según sea de hechos, de ideas o de juicios. Así mientras que la comunicación de hechos o noticia se dirige al conocimiento a través del interés, la comunicación de ideas o propaganda se dirige a la voluntad a través del entendimiento, y la comunicación de juicios u opinión se dirige a la razón. (151)

“La comunicación de ideas o propaganda -como la publicidad- lo que hace es persuadir (...) La propaganda tiene un fin ideológico y una técnicas persuasivas. Tales técnicas no son diferentes en la publicidad; aunque sí su objeto (...) las ideas se propagan (en la propaganda) no en cuanto son objeto de atención intelectual sino en cuanto son atractivas como bienes”(152)

Esta distinción resulta aclaratoria a la hora de situar los inadecuados términos del art. 206: “si se propagaran con publicidad”. El significado de propaganda lleva anejo un ingrediente ideológico y, como en la publicidad, su objetivo es convencer. Ambos conceptos nos parece que no responden correctamente a la idea que se ha querido expresar en el Código. El lenguaje

condiciona siempre pero, en este caso, tomada la expresión al pie de la letra, el acusado de una injuria podría aducir en su favor el no haberla **propagado** aunque sí la hubiera *difundido* por un medio de comunicación.

Precisamente al concepto de la difusión, se refiere también el profesor Desantes, interpretada como una relación entre dos extremos, quien difunde y quien recibe “que suele ser una pluralidad de sujetos del derecho a la información determinados o no, cualitativa o cuantitativamente, conocidos o no nominalmente, determinables o no. Este sujeto plural (...) se llama público” (153)

Es importante distinguir el significado jurídico de difundir o publicar, sigue diciendo el autor, para determinar el momento concreto en el que se produce la responsabilidad. “Publicar equivale a poner en conocimiento del público, dar a conocer un mensaje a un conjunto determinado o indeterminado de personas, conocidas o no.”(154)

Este dar a conocer los mensajes exige poner en forma los mensajes, esto es informar. Operación que se compone a su vez, siempre siguiendo al citado profesor, de varias fases: una de las cuales es la difusión. “Desde el punto de vista penal y civil la fase importante para la exigencia de la responsabilidad es la fase de difusión. Difundir es perfeccionar la publicación, consumir el acto de publicar, incluso cuando el acto es delictivo por razón del mensaje que difunde o publica”.(155)

Considerar y ponderar la importancia de la difusión es clave en esos delitos cometidos a través de los medios de comunicación, para determinar el momento en el que se pueden y deben exigir responsabilidades. Da la impresión, sin embargo, de que estos términos están utilizados en el CP de manera más superficial, y desde luego, necesitada de una precisión más rigurosa en el texto.

Volviendo a la publicidad regulada en el CP, hay que concluir que tanto en el texto antiguo como en el nuevo, la publicidad es un agravante de la calumnia y de la injuria; cosa que se entiende, por otro lado, pues a mayor difusión ,más daño produce la ofensa. La utilización de un medio de comunicación parece indicar la intención o el deseo de que los hechos lleguen al mayor número de personas posibles, o, al menos, a un número significativo de ellas. Así lo expresa Vega Ruiz: “La Sentencia de 28 de febrero de 1989 reafirma que la doctrina de esta Sala, ya desde antiguo, declara que resulta preciso un ánimo tendencial de difusión que no existe si se produce incidentalmente o por causas independientes de la voluntad de agente, (...) Ha de existir el deliberado propósito de que la afrenta tenga la mayor difusión posible(...) Es lógica la conclusión jurisprudencial porque la intención es siempre el eje definidor de la infracción.” (156)

También Del Moral se muestra partidario de la imponderable relación entre publicidad y culpa: “Para que sean aplicables los tipos agravados por la publicidad será necesario que esa circunstancia quede abarcada por la culpa del autor, pues el elemento de la publicidad no puede ser tratado con un sentido puramente objetivista (...) Las circunstancias determinantes de la publicidad han de quedar comprendidas por el dolo del autor pues en otro caso quedará excluida la agravación. La publicidad, aun efectivamente producida, no tendrá eficacia agravatoria si se produce incidental o fortuitamente o por causas o conductas ajenas e independientes de la voluntad del autor (SS TS de 29 en. 1964, 24 jun. 1968, 23 may. 1985, 28 feb. 1989). Si la publicidad no ha sido querida pero se produce por negligencia, en el actual CP habrá que excluir sencillamente la agravación, sin posibilidad de buscar una punición a título de imprudencia” (157)

La publicidad es pues una circunstancia agravante de la calumnia, considerándose ésta siempre que se propague por medio de difusión de eficacia semejante a la imprenta o la radiodifusión. Es importante señalar desde ahora que

el periodista actúa siempre bajo esa circunstancia por la propia naturaleza de su trabajo, luego siempre que tenga lugar una infracción penal se le aplicará dicha agravante “A diferencia de la injuria no hay clases de calumnias en atención a la gravedad del delito imputado y ello porque debemos entender que no actuarán criterios de gravedad cuando lo que se ha desobedecido, supuestamente, es la norma que ha de tutelar valores y principios básicos de la convivencia social.” (158)

“La difusión de la injuria o la calumnia -tirada del periódico, audiencia de la cadena de radio de televisión- deberán servir de medida para determinar la gravedad del delito y la imposición de la pena”(159)

La pena señalada si la calumnia se propaga con publicidad es alternativa de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses; en caso de no haber publicidad corresponde la de multa de cuatro a diez meses.

Para Maciá Gómez, el nuevo CP ha rebajado las sanciones, cuestión controvertida para otros muchos “Es evidente que el legislador de 1995, aunque sin prescindir definitivamente de la pena de prisión en el contexto de los delitos comunes de opinión, ha rebajado considerablemente las respectivas sanciones, en consonancia con las reiteradas solicitudes doctrinales emitidas en este sentido con anterioridad a la reforma.” (160)

A tenor de esta expresión hay que subrayar que no existen -o no deberían existir- los delitos de opinión “Las opiniones son libres, los hechos son sagrados”, y en este sentido la Constitución peruana de 1993 lo expresa con rotundidad en su art. 2º, 3 cuando dice: “No hay delitos de opinión”.

A estos efectos hay que tener en cuenta el período electoral y las campañas electorales, pues representan un caso especial. “En caso de realizarse el delito en período electoral y con motivo u ocasión de la campaña se establece una penalidad

agravada (art.148 de la LO 5]1985 de 16 de junio) que, no obstante, no es fácil de cohonestar con el nuevo sistema penológico”. (161)

Efectivamente, el art. 148 de la Ley 5]85 de Régimen Electoral General dice :
 “Cuando los delitos de calumnia e injuria se cometan en período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella, las penas privativas de libertad previstas al efecto en el Código Penal se impondrán en grado máximo”

Así se manifiesta también Vega Ruiz cuando afirma que “El art. 148 de la LO 5]85, del Régimen General, establece que cuando los delitos de calumnia e injuria se cometan en período de campaña electoral y con motivo y ocasión de ella, las penas privativas de libertad previstas en el CP se impondrán en su grado máximo. La referencia no solo es curiosa sino también discutible, porque discutible es que una norma anterior al Código vigente se permita incidir en el texto penal básico que ninguna alusión ha hecho, cuando su promulgación, a tal novedad” (162)

Mantener la pena de prisión de 6 meses a dos años -o multa de 24 meses- si la calumnia se hubiera propagado con publicidad “es algo que ha sido criticado como excesivo por parte de los medios de comunicación. El Informe del Consejo general del Poder Judicial, de 22 de abril de 1992, sobre el Anteproyecto de febrero de ese año, señaló, entre otros aspectos, que debería quedar fuera la pena de privación de libertad para los delitos de injuria y calumnia.

Por otra parte, hay que subrayar que en el nuevo Código no se considera el caso de la calumnia encubierta, como hacía el antiguo texto legal, en su art. 462:

“Se comete el delito de calumnia o de injuria no sólo manifiestamente, sino por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones”. Por su parte el art. 464 del mismo cuerpo legal afirmaba que:

“ El acusado de calumnia o injuria encubierta, o equívoca, que rehusare dar en juicio explicación satisfactoria acerca de ella será castigado como reo de calumnia o

injuria manifiesta". No obstante, afirma Tasende, "aunque la ley se refiere, de modo general, para definir la acción delictiva a las "imputaciones", "acciones" o "expresiones", no parece que exista ningún obstáculo para incluir dentro de la conducta típica, y en particular en la injuria, dada la relatividad e indeterminación de su concepto, las más diversas modalidades comisivas, entre ellas las de carácter simbólico, como pueden ser las alegorías, caricaturas o emblemas que mencionaba el antiguo art. 462" (163)

El CP no nombra a los medios de comunicación pero se refiere a ellos.

Como puede observarse en el nuevo Código ha desaparecido la expresión "por escrito", unida a la idea de publicidad. Parece lógico que en un momento en el que las nuevas tecnologías han irrumpido con nuevas posibilidades de difusión. De la misma forma, ha desaparecido la explicitación minuciosa a que se refería el art. 463 del anterior CP, sustituyéndose por "la imprenta, la radiodifusión u otro medio de eficacia semejante".

Queda sin embargo, una cierta ambigüedad a la hora de saber qué ha de entenderse exactamente por "cualquier otro medio de eficacia semejante". Aunque el Código no alude de forma expresa a los medios de comunicación, en el art. 211, su redacción está hecha pensando en ellos, es decir, deberá tratarse de calumnias o injurias que se produzcan, en todo caso, a través de los *medios de comunicación*. Así se desprende, también, del art. 212, referido a la responsabilidad de la persona propietaria del medio informativo. Se dice textualmente en el art. 212: "En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria".

"En todo caso habrá que esperar a la jurisprudencia para precisar el alcance, mayor o menor, que quepa dar a esa analogía legal". (164)

Tasende valora positivamente este cambio expresado en el nuevo Código, art. 211 , por considerarlo más conciso y restrictivo que el empleado en el Código derogado, art. 463 : “Al exigir aquél precepto que el medio empleado para la propagación de la ofensa sea de ‘eficacia semejante’ a la imprenta o la radiodifusión, difícilmente cabe incluir en el mismo la simple comunicación de papeles manuscritos a más de diez personas, o las palabras emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas (...) si tales acciones no se realizan a través de un medio oral o escrito que permita su amplia difusión. Estamos así ante una reducción del ámbito aplicativo de esta agravante específica que debe valorarse positivamente” (165)

Lo que está claro es que este aspecto no afecta al tema objeto de este estudio pues la restricción operada en la difusión la limita precisamente a la propia de medios de comunicación, aun sin nombrarlos. En varios lugares del nuevo Código Penal, se ha obviado la mención expresa de los medios y de los periodistas, y sin embargo se dibuja un perfil en su articulado que no sólo encaja perfectamente en ellos sino que difícilmente podría encajar fuera del mundo de la información. Esto ocurre al tratar de las calumnias con precio o recompensa, a la inhabilitación profesional, etc., como iremos examinando más adelante.

Todo ello hace pensar que el nuevo Código penaliza excesivamente a la prensa, y parece vislumbrarse una desconfianza hacia los medios de comunicación.

1.4.- La *exceptio veritatis*. Art. 207. La dificultad de probar la verdad

art. 207: “*El acusado del delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado*”.

En el CP derogado se decía:

art. 456 : “*El acusado de calumnia quedará exento de toda pena*

probando el hecho criminal imputado.

La sentencia en que se declare la calumnia se publicará en los periódicos oficiales si el calumniado lo pidiera"

La *exceptio veritatis* recae sobre los hechos difundidos. El periodista asume la veracidad de la noticia que difunde y, por tanto, también debe asumir su comprobación.

Así pues, una persona acusada de calumnia se puede defender de ella si prueba que lo que ha difundido es verdad. Es de toda lógica, pues los hechos son hechos externos, comprobables, que no dañan el honor ni la dignidad. " Son las mixtificaciones del mensaje puro las que pueden hacerlo. Y entonces, al requisito constitutivo de la verdad del mensaje, se añadirá la condición del respeto a la dignidad personal. Si la comunicación es verdadera no hay agresión al honor, sino a la fama, que en este caso será mala fama o demérito. Por el contrario, la denuncia de unos hechos delictivos, o incluso inmorales, puede prestar un gran servicio a la comunidad" (166)

Opinión que comparte O' Callaghan cuando afirma que es esencial que se falte a la verdad para que sea protegido el honor de una persona. Un ataque veraz no es ataque al honor, porque no hay honor que proteger. " Si se divulgan hechos concernientes a una persona que perjudican su fama, si son ciertos, no la perjudican, sino que desvelan que no existía tal buena fama. Tema distinto sería el que, al no ser conocidas, atacaran su intimidad. Tema también distinto sería el caso de expresiones insultantes, que siempre atentan al honor". (167)

Aunque, como hemos expresado ya, resulta en ocasiones muy difícil separar los hechos de los juicios de valor, "ya que no hay juicios de valor sin referencia a los hechos", (168) pero no se puede afirmar con el TC que es "prácticamente imposible", punto comentado ya.

En este caso también sería aplicable la justificación que establece el art. 20.7 CP por el ejercicio legítimo del derecho a la información. Precisamente, la *exceptio veritatis* tiene su fundamento en la obligación de denunciar los delitos “la obligación moral o incluso legal de denunciar los hechos delictivos es esencial para la buena convivencia ciudadana. Por eso, evidentemente, el que denuncia públicamente un hecho criminal imputándoselo a su autor no puede ser sancionado por lesionar el honor del delincuente.”(169)

Ya se ha dicho en páginas anteriores que el deber de veracidad no se refiere a la verdad exacta “La veracidad no impone la verdad objetiva, sino la cumplimentación de un deber de comprobación” (170) Objetiva sí, creemos nosotros, pero no absoluta, es un matiz diferente.

Ciertamente, no parece de recibo basarse sólo en el dato de que quien difunde un hecho lo crea cierto. Por el contrario, para Fernández Palma, el contenido de este requisito de la veracidad se aleja del mero dato psicológico de lo subjetivo -la creencia o imaginación personal de que es cierto- para derivar hacia parámetros objetivos de los que debe deducirse la veracidad de la noticia. “ Más aún, -dice- el poder de los datos objetivos capaz de presentar algo como cierto anula, en esta sede, la relevancia del hecho de que el sujeto asuma personalmente la verdad de lo imputado. Si cumplidos los trámites de verificación los hechos se presentan como ciertos, la noticia estará en condiciones de ser difundida, con independencia de que la valoración sobre la veracidad del sujeto coincida con la diferida de los datos externos objetivos. Qué piense el sujeto a este respecto carece en este momento de relevancia pues la certeza que aquí se exige es la puramente objetiva(...) Lo decisivo es que del proceso de investigación de la verdad quepa inferir la certeza de los hechos en el máximo acercamiento a la verdad sustancial auspiciada por el trámite de la comprobación” (171).

Autores como Bacigalupo (172), Berdugo Gómez de la Torre (173) y Muñoz Machado (174), se pronuncian sobre la veracidad subjetiva del periodista desviándose de la exigencia de la veracidad objetiva como presupuesto del ejercicio legítimo de la libertad de información, siempre con el presupuesto de haber intentado una comprobación máxima de los hechos, diligente y razonable, aunque finalmente, la información no resulte exacta.

Nosotros, -lo expresamos en la Parte Primera, en el capítulo dedicado al Derecho a la noticia, y en este capítulo refiriéndonos al conocimiento de la falsedad- discrepamos de las posturas a favor de una subjetividad extrema en cuanto a la veracidad. Ciertamente que difundir una noticia supone ya una mínima manipulación, -informar es una operación lingüística en la que la realidad se convierte en mensaje- pero los hechos son los hechos y están ahí, son comprobables. Informar de forma veraz y objetiva es la principal obligación del profesional. La objetividad, exigible en la información de hechos, supone la ausencia de elementos subjetivos a la hora de transmitir lo captado. Ciertamente, no es perfecta, como ningún acto humano lo es, pero sí puede acercarse - y debe hacerlo- lo más fielmente posible a esa realidad que se pretende comunicar. De lo contrario, estaremos instalados en un relativismo sin base que conduce a la negación de toda verdad que no sea la individual. Las expresiones frecuentes de “aunque la información final no resulte exacta” son, cuando menos, peligrosas.

Lo que parece claro es que a mayor gravedad de los hechos, mayor comprobación de las fuentes fiables de la noticia. Este es el caso de los supuestos a que hace referencia el art. 208,2.

“... El alcance del genérico deber de contrastación(...) ha de cumplirse con especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere (...) Pero es indudable que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características

objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si ésta puede mencionarse en la información misma” (175) Esta afirmación del TC nos resulta arriesgada pues la comprobación de la fuente no supone la comprobación de la verdad de la noticia y, en ningún caso, deberá sustituirla.

La necesidad de comprobación de la veracidad llega al máximo en el caso de la calumnia, “alcanzará su máximo nivel cuando lo narrado revista carácter grave en atención a los criterios aportados por el párrafo segundo el artículo 208 CP. La comprobación de la veracidad en este supuesto deberá regirse por un criterio de máximos en orden al mantenimiento del riesgo bajo control en los casos de mayor potencialidad lesiva para el honor” (176)

. Fuentes concretas

El periodista deber de comprobar la veracidad de la noticia que difunde en fuentes concretas, no indeterminadas ni confusas.

“En efecto, reiteradamente ha declarado este Tribunal la exigencia constitucional que la veracidad de la información, a que se refiere el art. 20.1 d) CE, significa que el informador tiene un deber especial de contrastar la fuentes de la información en orden a comprobar la veracidad de los hechos que expone.”(177)

Pero, “El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que en ningún caso liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contratar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador, que es el que está ejerciendo el derecho a informar, y por tanto aquel al que incumbe no exceder sus límites, evitando la propagación de noticias que, aun procediendo de sedicentes fuentes bien informadas, no se ha preocupado de contrastar con diligencia razonable, y resulten después ser lesivas

al derecho al honor o a la intimidad personal, cuya falta de fundamento pudo comprobar si hubiera desplegado esa diligencia que, a tal efecto, exige el ejercicio serio y responsable del fundamental derecho a comunicar información" (178)

"Otras circunstancias, finalmente como destacaba la STC 240/92, pueden contribuir a perfilar el comportamiento debido el informador en la búsqueda de la verdad: el carácter del hecho noticioso, las fuentes que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla." (179)

Así pues, la noticia puede comprobarse partiendo de las fuentes de información de la que proviene. Lo importante aquí es la fiabilidad de dicha fuente y, en el mejor de los casos, fuentes varias sobre la misma información. Para informar sobre una tercera persona, quien lo hace deberá asegurarse bien del origen de esa información, comprobarla y contrastar su correspondencia con la realidad. Sólo entonces esa información servirá al bien común.

En cuanto al número de fuentes no sería posible determinarlo de manera general, sino a la luz del caso concreto. "Si la información reviste el nivel de gravedad señalado en el art.208, párrafo segundo, CP, creo debería procederse si no al agotamiento de las fuentes disponibles, sí a un examen mayor y más profundo en orden al mantenimiento del riesgo bajo control, lo que conlleva, también un mayor número y calidad de ellas, si la imputación no presenta el nivel anterior la exigencia quedaría modificada moderándose el requisito". (180)

De la diligencia al error

La falta de diligencia debida en la comprobación de la noticia en sus fuentes, puede producir error en la información. El error del informador, como se dijo en su lugar, puede ser vencible o invencible, debiéndose responder siempre del primero. (181)

El TC habla de Error esencial en el siguiente caso, cuando afirma: “Falta de veracidad de la información difundida (...) El redactor equivocó el nombre propio de la profesora en cuestión, citando el de su hermana, que desarrolla su labor en el mismo Centro(...) Indicó que el cese se había producido a consecuencia de la apertura de un proceso disciplinario, cuando lo cierto es que fue petición propia.

Estos dos errores afectan al núcleo de la noticia (...) No se podía justificar este error porque el informador había estado presente en el claustro, con lo cual “Tuvo la posibilidad de conocer personalmente y con total exactitud quiénes eran las personas afectadas y cuál era el motivo de la dimisión “(ATC 68/1995. F.j.3)

López Díaz apunta en este sentido dos supuestos:

“La STS de 11 de diciembre de 1989 condena al Diario *El País* por la publicación de una noticia que, como tal noticia, era cierta, pero responde a distinta persona de la que se dice en la información. La sentencia considera “error vencible” con sólo contrastar, la noticia “hubiera bastado, dice, para evitar la alteración y el error, que no ha tenido el periodista”.

En el segundo supuesto, el TC en la STC de 26 de septiembre de 1995 deniega el amparo solicitado por “Ediciones Zeta, SA” por considerar que un artículo periodístico publicado en la revista *Interviú* (en su nº 611) sobre unos posible sobornos a la Guardia Civil de Tráfico efectuados por una empresa mercantil, no fue el resultado de una diligente investigación periodística, pues en el mismo se revelan hechos no veraces y no avalados por prueba concreta alguna, que acarrear objetivamente un desmerecimiento en la consideración ajena” (182)

En cuanto al error accidental el TC dice que “Los errores informativos intrascendentes han de estimarse protegidos también por el derecho constitucional de la información...”(183)

Respecto del error vencible, el Tribunal declara: “Sentado que el contenido de la información específicamente referida al Sr. EG M. no era cierto, la publicación encausada únicamente podría ampararse en el art. 20 1.d) CE si tal error no hubiera

sido vencible a poco que se hubiera intentado verificar la realidad de los hechos...'
(184)

Referido a las resoluciones judiciales, desde el TC también se asumen como criterios mediadores “la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla (...) y la existencia de resoluciones judiciales referidas a los hechos comunicados(...)

La verdad histórica puede no coincidir con la verdad judicialmente declarada y este Tribunal ha reconocido el derecho a la información crítica de las resoluciones judiciales (...), sin embargo, toda información que ponga en cuestión lo proclamado judicialmente, aparte de requerir una especial diligencia en la verificación de la información, debe respetar la inocencia judicialmente declarada o la presunción previa a la condena judicial poniendo explícitamente de relieve la existencia de la resolución judicial o del proceso en curso”(185)

“A perfilar el nivel de diligencia que garantiza la veracidad ha dedicado este tribunal numerosas consideraciones, recientemente compiladas en la STC 28/1996 [RTC 1996,28]. Dicho nivel se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas o noticias gratuitas o infundadas cuando la información pueda suponer el descrédito ajeno (SSTC 6/1988 [RTC 88/6], 171/1990 [RTC 1990, 171], 139/1995 [RTC 1995, 139], en otro. Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene dada por los deberes profesionales de actuación periodística(SSTC 219/1992; 40/1992 y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate” “STC 190/1996 de 25 de nov. F.J.3 (...) “El nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad(...) cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información

se refiere" (SSTC240/1992, 178/1993), a este criterio se une el de la "trascendencia de la información", pues si ésta sugiere de suyo un mayor cuidado en la contrastación (SSTC 219/1992, 240/1992) "apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia"(186)

Hay ocasiones en las que no será necesario para cumplir con el deber de diligencia más que acudir a una sola fuente de contraste de la noticia, que será una fuente cualificada. Son los casos referidos a comunicados de instancias oficiales; así y todo, habrá que actuar con una cierta reserva para no propiciar espacios de impunidad.

Cuestión diferente será cuando la información llegue al medio a través de las agencias de noticias, que cada vez tienen un papel más relevante en la elaboración de la información, y que el TC parece considerar "fuentes cualificadas": "Si el medio afectado recibió esta nota, directamente, (del Gabinete de Información de la Comandancia de la Guardia Civil de Tarragona) o procedente de una agencia o agencias que la hubieran recibido previamente, no es pensable que se le pueda exigir el contraste de información con otras fuentes sino sólo la seguridad de que la fuente era el órgano que se dice. La proximidad de éste a la investigación oficial de los hechos difundidos puede entenderse, por ello, de la suficiente intensidad como para no necesitar comprobación por otras vías" (187)

La situación será también distinta dependiendo del medio y sus posibilidades, pues no será igual el nivel de diligencia exigido. Las publicaciones pequeñas y locales suelen tomar informaciones de los medios de gran entidad, y reproducirlas. De manera que si no se consideran también cualificadas estas informaciones, dichos medios con escasa dotación no podrían acceder más que a informaciones de ámbito local. "Parece coherente reconocer la naturaleza de fuente cualificada tanto a las informaciones provenientes de medios de gran difusión, como a las que tienen su origen en las agencias informativas..." (188)

(ver STC 190/1996 de 25 de nov.)

Es evidente que importa identificar la fuente de donde proviene la noticia. Por el contrario, siempre que el medio proponga la noticia como propia deberá exigírsele el deber de comprobación.

También están los casos en los que se reproducen manifestaciones de un sujeto ajeno al medio (reportaje neutral) o entrevistas a personajes, no asumiendo sus opiniones o descripciones fácticas. El TC afirma, como ya se ha dicho en otro lugar :

“Respecto a aquellos supuestos en los que el medio autoriza la publicación de un escrito procedente de persona enteramente ajena la mismo, hemos precisado que el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figurar como autor de la carta, antes de autorizar su publicación, como es práctica habitual”(189)

Y ello porque, " en ausencia de este mínimo requisito pudieran llegar a crearse espacios de impunidad con respecto a la vulneración del derecho al honor”(190)

“La falta de cumplimiento de este requisito, en definitiva la ausencia de identificación de la fuente, provocará la apariencia de asunción por parte del medio de la información que transmite, restableciéndose así los deberes genéricos de diligencia en lo atinente a la comprobación de la veracidad, pudiéndose derivar responsabilidades penales por incumplimiento...” (191)

La STC 3/1997 de 13 de enero afirma: “Al autorizar la publicación de un escrito ajeno cuyo autor se ha identificado previamente será éste quien asuma la responsabilidad que del mismo pueda derivarse si su contenido resulta lesivo del derecho al honor de una tercera persona. Sin embargo la situación es muy distinta si el escrito ajeno es publicado sin que el medio conozca la identidad de su autor,

pues en tal supuesto dicho escrito no constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación por el medio (...) De suerte que al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor, ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido.” (192)

Para el TC ello tiene una doble consecuencia: de un lado, que “el ejercicio de las libertades que el art.20.1 reconoce y garantiza habrá de ser enjuiciado, exclusivamente, en relación con el medio, dado que el redactor del escrito es desconocido. En segundo término, que al medio le corresponderá o no la eventual responsabilidad que pueda derivarse del escrito si su contenido ha sobrepasado el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información...”

El deber de comprobación está relacionado con el control del medio o del periodista que interviene en el acto informativo. Hay ocasiones en las que el periodista o el medio actúan de intermediario pero no tienen ese control. Por ejemplo en las informaciones de hechos vertidas en directo. Hoy abundan programas, que casi rayan en la amoralidad por las declaraciones que ciertos personajes efectúan ante las cámaras. El problema puede surgir si ese individuo relata hechos relativos a terceros, también particulares, carentes de interés público y que pueden ser constitutivos de delito. ¿cuál sería la posición del medio, en principio, neutral?

“Si el medio se sitúa a estos efectos en una posición neutral, parece difícil encomendarle más obligaciones que las meramente éticas predicables de su profesión. Pues, si voluntariamente el sujeto decide difundir datos de un tercero, el aditamento de la publicidad que añade la participación del medio, no es suficiente como para desvirtuar la naturaleza particular del delito que, en cuanto tal, ha de ser tratada” (193)

¿Es fácil en todo caso probar la actuación diligente? No parece que sea así. Como ejemplos traemos los siguientes casos sobre captación no autorizada de la imagen en lugares públicos, resueltos por el TC, referidos a la dificultad y ambigüedad de esta comprobación:

“En efecto, reiteradamente ha declarado este Tribunal que la exigencia constitucional de la veracidad de la información a que se refiere el art.20.1, d) CE, significa que el informador tiene un especial deber de contratar las fuentes de la información en orden a comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, debidamente contrastadas y empleando la diligencia media exigible a un profesional. En el caso presente, el contenido literario del reportaje que se ilustró con una fotografía en la que se identificaba con toda claridad la fachada del local en el que desempeña su actividad la mercantil “Luxury, SA”, la cual -según reconocen los recurrentes-, no estaba directamente implicada en la información, siendo un pretexto gráfico para acompañar el contenido de lo relatado por escrito. En la sentencia del Tribunal Supremo (...) se razona que esa publicación conjunta de texto e imagen provoca en el receptor de la información la convicción de que la entidad objeto de tal fotografía es la protagonista de los hechos relatados en el reportaje por lo que, aunque éstos fueran ciertos con carácter general, la información se convierte en inveraz, al asociarse con la imagen de la entidad fotografiada.

Partiendo pues de la declaración de hechos probados efectuada por el juzgador de instancia, hemos de confirmar el juicio de ponderación entre el derecho “a comunicar información veraz” del art.20.1, d) CE, y el derecho al honor de los arts. 18.1 y 20.4 CE efectuada por la Sentencia del tribunal Supremo recurrida, pues, si bien el contenido de lo que se afirma en el reportaje no vulneró los límites constitucionales de la libertad de información (ya que, en términos generales, fue veraz y relevante), no podemos afirmar otro tanto en todo lo referente a la incorporación de la fotografía al reportaje, la cual, al asociar el contenido de una información, en sí misma neutral, a una persona determinada,

provoca en el lector la convicción de que la parte recurrida es autora de los hechos narrados, convirtiendo así en inveraz la noticia en todo lo referente a dicha autoría y ocasionando un ilegítimo sacrificio del derecho al honor de la demandada, toda vez que dicho elemento gráfico del reportaje con la perfecta y clara identificación del nombre de la discoteca, no era necesario para la difusión de una información en la que se trataba de denunciar el consumo y tráfico de droga en locales frecuentados por la juventud y que, además, la falta de diligencia en la selección del mismo, ocasionó una intromisión ilegítima en el honor ajeno (...) la presente demanda de amparo ha de ser desestimada". (194)

En el segundo caso el Tribunal Constitucional afirma: "En el supuesto que nos ocupa, el periódico "Diario 16" publicó un reportaje sobre la prostitución masculina en Madrid, dentro del cual se insertó una fotografía que llevaba un pie alusivo al presunto trato sexual mediante precio que entre los protagonistas de la imagen -un hombre maduro y un joven- se estaría concertando. Tal información se reveló, sin embargo, incierta al tratarse las personas fotografiadas de don José Marcos Fuentes y de su hijo, a la sazón menor de edad, que se hallaban accidentalmente en el lugar con fines completamente ajenos al contenido del reportaje. Constatada por los órganos judiciales la completa inveracidad de la noticia difundida, es claro que los aquí actores no se encuentran amparados por la libertad de información que proclama el art.20.1, d) de la CE, precepto que, como hemos recordado, únicamente protege la libre comunicación de informaciones veraces. Una cosa es que no haya coincidencia -ni resulte exigible- entre veracidad y exactitud, y otra muy distinta que se difunda una imagen y un texto de indudable incidencia lesiva en el honor de las personas concernidas sin una previa comprobación del carácter veraz de tal información. Los actores no obraron con la diligencia debida para depurar la fuente de la noticia y la acomodación de ésta a la realidad fáctica, procediendo a la publicación de la fotografía sin siquiera disminuir la identificabilidad de las imágenes captadas. Esta reprochable conducta

justifica sin ninguna duda que en las diferentes instancias judiciales se calificase la publicación gráfica como intromisión ilegítima en el honor, y ello hace evidente también la manifiesta carencia de contenido constitucional de la presente demanda de amparo". (195)

En otro lugar se afirma: "No es requisito de la prueba de la veracidad -que en todo caso, como señala el Ministerio Fiscal, corresponde a quien se manifiesta en público-, la demostración plena y exacta de los hechos imputados. Basta con un inicio significativo de probanza, que no es, ni lógicamente puede ser, la prueba judicial, es decir, más allá de la duda razonable. Exigir tal tipo de prueba a quien imputa hechos irregulares a otro (hechos que, en el presente caso, en ningún momento son calificados por los tribunales ordinarios más que de graves y nunca delictivos) supondría cercenar de raíz la posición capital que la formación de la opinión pública a través de la libertad de información tiene en una sociedad democrática." (196)

. Relevancia y proporcionalidad

Junto a la veracidad diligente hay que considerar la relevancia y la proporcionalidad, como se desprende de la siguiente resolución:

"El señor García transmitió hechos veraces, obtenidos previa comprobación, en un medio institucionalizado de comunicación social, referente a personas y conductas de interés general, y en consecuencia actuó en el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (...) Ahora bien, en su intervención radiofónica, utilizó afirmaciones calificadas por el Ministerio Fiscal de "insultantes, insinuaciones insidiosas y vejatorias innecesarias para el recto ejercicio de la libertad ejercitada"(Fj 8º)

Previamente señala la "Necesidad de que el órgano judicial lleve a cabo una ponderación entre los derechos en presencia; criterios a que debe acomodarse tal

ponderación, y especial relevancia del criterio de la veracidad en la información.(Fj.2) (197)

Igualmente puede apreciarse esta necesidad de proporcionalidad en la STC 297/92 de 20 de febrero, relativa al caso de homosexualidad y SIDA. En este caso, la información difundida era verdad pero se ofrecían datos íntimos, innecesarios o superfluos para la opinión pública, como eran los nombres y profesión de los afectados, las pruebas que se les habían realizado a uno de ellos para confirmar o no su contagio, entre otros; de ahí que el Tribunal afirmó que: “En modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación según el sentir común y que sean triviales o indiferentes para el interés público” (Fj.3) (198)

Así pues, el TC considera tres extremos, una triple condición para que la noticia deba ser protegida: la veracidad, el interés público y la ausencia de elementos innecesarios en la información.

¿Quién debe probar la verdad o la no verdad de la información? Quien afirma.

En el tema de a quién corresponde la carga de la prueba la doctrina disiente. En este sentido dice Elvira López que “Para Muñoz Machado y Herrero Tejedor, entre otros, sería el demandado presunto responsable de la intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, quien puede alegar como excepción -*exceptio*- y probar la verdad -*veritatis*- de los hechos que el demandante mantiene como atentatorios a su honor. Si no prueba la verdad podrá ser condenado como responsable de la intromisión ilegítima”(199)

Para O’Callaghan (200), la prueba de la veracidad de los hechos pertenece a quien la alega (*onus probandi qui dicit*. -art.1214 CC-).

Para Desantes Guanter la prueba corresponde “a quien afirma”. (201)

Maciá Gómez insiste en que la exención de la responsabilidad establecida en el art.207 supone “una modificación de las normas de la carga de la prueba, ante todo en un procedimiento, el del hecho imputado, respecto a otro, el de la calumnia.

Un sistema alternativo podría ser el de la exigencia, simplemente, del conocimiento de la falsedad de la imputación para castigar y, con ello nunca haga falta entrar en la veracidad del hecho imputado.” (202) Hay una diferencia significativa entre ambas posturas que, en definitiva, van a responder a dos concepciones -objetiva y subjetiva- de la lesión al honor.

Al referirse el CP a quien queda exento de responsabilidad, dice “el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”, es decir quedará exento solamente el *acusado*, no el *denunciado*. Hay sin embargo que entender que “una de las formas más habituales de defensa en el caso de un procedimiento por calumnias consiste en probar la veracidad de la imputación. Podría resultar absurdo que hasta que no se formulase la acusación no existiera la posibilidad de aplicar la causa de exención, ya que ésta podría quedar, a la postre, en manos del que efectivamente ha cometido el hecho delictivo, que el ahora acusado de calumnia le ha imputado de forma veraz; para evitar esto, una interpretación restrictiva y estrictamente nominal del término acusado, no requerirá que se haya formulado una acusación formal, según las normas procesales. Tampoco, evidentemente, será preciso que sea el propio acusado de calumnia el que pruebe la veracidad del hecho criminal, bastará con que la alegue o la reproduzca, aunque la probanza haya sido llevada a cabo por terceras personas, aun sin la pretensión de que actuara como causa de exención de la responsabilidad criminal” (203)

Por su parte del Moral encuentra incongruente las expresiones contenidas en este art. 207, centrando su crítica en los siguientes términos: “Se recoge en este

precepto la virtualidad de la *exceptio veritatis* en términos casi idénticos a los que establecía el antiguo art. 456. La prueba de la verdad de la imputación excluye el delito de calumnia. La previsión es desarquetada por innecesaria: se hereda sin corregir un error de la legislación anterior. En efecto del art.205 se desprende con claridad que la imputación ha de ser falsa para que estemos ante un delito de calumnia, resulta superfluo reiterar ahora que si se prueba la verdad de la imputación no existe calumnia. La reiteración se hace además en términos no correctos dogmáticamente: la locución: "quedará exento de pena" no es la más acertada para referirse a un supuesto de ausencia de uno de los elementos típicos. Precisamente el carácter superfluo del precepto ha servido para buscarle un sentido que no resulta muy acorde con el principio constitucional de presunción de inocencia: corresponde al acusado probar la verdad de la imputación que, en principio, se reputará falsa. Es decir "la imputación ha de reputarse falsa mientras no se pruebe lo contrario" STC de 26 de nov.1976 cuya doctrina reitera las de 18 de feb. 1981 ò 12 de may. 1987.

No parece sin embargo que el art.207 pueda interpretarse como una inversión de la carga de la prueba en el sentido de que las dudas sobre la falsedad o no de la imputación perjudicaría al acusado, pues semejante entendimiento contraría el principio constitucional de presunción de inocencia" (204)

Probar la verdad de los hechos no siempre resulta fácil; además, pueden surgir aquí algunos problemas: la prueba de la veracidad no está sometida a un medio concreto; podría incluso ocurrir que nunca se pudiera probar la veracidad en el sentido de no poder hacerse efectiva por ejemplo por muerte del autor del delito.

- (1) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los mensajes informativos*. Colex. Madrid,1994.p. 61
- (2) Desantes Guanter, JM. "Un delito innominado en el nuevo Código Penal", en AEDE nº 21.1996.p.71-72
- (3) Vega Ruiz, J.A. de. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de Comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 191
- (4) Desantes Guanter, JM y Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 100

- (5) (STC 178]1993. FJ 5º)
- (6) Vega Ruiz, J.A.. *Libertad de expresión, Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 41
- (7) Jiménez Blanco (coor) *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1995. p.180.
- (8) Desantes Guanter, JM y Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 100
- (9) Manzanares, J.L. y Cremades, J. *Comentarios al Código Penal*. La Ley-Actualidad. Madrid, 1996. p.99
- (10)Pérez del Valle, C.. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. (Coor.Torres-Dulce Lifante, E.) Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. pp. 252-261.
- (11) Pérez del Valle, C.. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. (Coor.Torres-Dulce Lifante, Eduardo) Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. pp. 252-261.
- (12) Desantes Guanter, JM. y Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p.66-67
- (13) Desantes Guanter, JM. y Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p.77
- (14) Rojas, E. "El hombre en crisis" ABC 3-2.2001. p.65
- (15) Marías J.. "Defensa de la verdad". ABC 10-11-2000. p. 3.
- (16) Tasende Calvo, Julio J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995", en *Delitos al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de debate judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.304-305
- (17) Tasende Calvo, Julio J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995", en *Delitos al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de debate judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.304-305
- (18) Vega Ruiz, J.A. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de Comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 189-190.

- (19) Azurmendi, A. *Derecho de la Información.. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.138-139
- (20) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodista y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p.126
- (21) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 179-182
- (22) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 179-182
- (23) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 179-182
- (24) González Casanova, JA. *Comunicación humana y comunidad política*. Madrid, 1968. p.37
- (25) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la información. Los mensajes informativos*. Colex, Madrid, 1994. p.60
- (26) (STS 856]1997, de 14 de junio.)
- (27) (STS de 6 de febrero de 1990)
- (28) Pérez del Valle, C.. “El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad”, en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. (Coor.Torres-Dulce Lifante, E.) Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. pp. 252-261.
- (29) Del Moral García, A. . “Delitos contra el honor”, en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Comares Editorial. Granada,1997 p. 1122
- (30) Tasende Calvo, J. J. “La tipificación de la injuria en el Código Penal de 1995”, en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 306
- (31) Tasende Calvo, J. J. “La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995”, en *Delitos al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de debate judicial. CGPJ. Madrid, 1998.p.304-305.
- (32) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 179 (33) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”-9. Dykinson. Madrid, 2000. p.6-7
- (34) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”-9. Dykinson. Madrid, 2000. p.6-7
- (35) Pérez del Valle, C. “El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad”, en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. (Coor.Torres-Dulce Lifante, E.) Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.262

- (36) Pérez del Valle, C.. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. (Coor.Torres-Dulce Lifante, E.) Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.263
- (37) Bacigalupo, E.. *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"-9. Dykinson. Madrid, 2000. p.5
- (38) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"-9. Dykinson. Madrid, 2000. p.7-8
- (39) Carreras Serra, Ll.. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p.126
- (40) Desantes Guanter, JM. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*. EUDEMA. Universidad. Madrid, 1987. p. 375
- (41) Desantes Guanter, JM. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*. EUDEMA. Universidad. Madrid, 1987. p. 375
- (42) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 190
- (43) Desantes Guanter JM y Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 100
- (44) Pérez del Valle, C.. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. (Coor.Torres-Dulce Lifante, E.) Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.225
- (45) Marías, Julián. ABC. 10-11-2000. p.3
- (46) Desantes Guanter, JM. *La verdad en la información*. Diputación Provincial de Valladolid. Valladolid, 1976 p.113
- (47) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1997. p.64
- (48) Bacigalupo, E. *Delitos contra el Honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"-9. Dykinson. Madrid, 2000. p. 8
- (49) Vives Antón. *Derecho Penal PE Valencia*, 1996. p.687
- (50) Bacigalupo, E.. *Delitos contra el Honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"-9. Dykinson. Madrid, 2000. p. 8-9
- (51) Pérez del Valle, C.. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 264-265

- (52) Rodríguez Mourullo, G. "Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos", en *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor García de Enterría. Madrid, 1991. p. 902
- (53) Bacigalupo, E. *Delitos contra el Honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"-9. Dykinson. Madrid, 2000. p. 10
- (54) Pérez del Valle, C. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 264-265
- (55) Desantes Guanter, JM. *Los límites de la información* Asociación de la Prensa. Madrid, 1992. p.52
- (56) Carrillo, Marc. "Derecho a la información y veracidad informativa. Comentario a las SSTC 168] 86 y 6]88", en *Introducción a los Derechos Fundamentales*. X Jornadas de estudio. Vol.III. Madrid. Ministerio de Justicia, 1998. p.2212.
- (57) (STC 6]1988)
- (58) (STC 41]1994. F.3º) .
- (59) Cremades García, J. "La exigencia de veracidad como límite a las libertades informativas", en W.AA. *Estudios sobre Derecho de la Información*. Madrid. UNED, 1994. p.83-84
- (60) Desantes Guanter, JM *La verdad en la información*. Diputación provincial de Valladolid. 1976. p.83
- (61) (STC 183]1995 de 11 de dic.).
- (62) Rubio de la Torre."Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor. Comentario a la STC 6]1996 de 16 de enero, sobre protección del derecho al honor. La libertad de información y sus limitaciones", en *Revista General de Derecho*. nº 627. 1996.
- (63) Carreras Serra, Ll.. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 47-48
- (64) De Esteban, J. y González Trevijano, PJ. *Curso de Derecho Constitucional Español*. 3 vol. Madrid. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM. 1992. p. 145-146
- (65) Muñoz Alonso, A. "Prensa y poder en la democracia moderna", en *Anuario FUNDESCO de la comunicación*. p.258
- (66) (STC 6/1996. FJ 4)

- (67) STC6]88 de 21 enero
- (68) (STC 105/1990. FJ 5) "Caso José María García"
- (69) (STC172/90 de 12 de noviembre." Caso Comandante Patiño. II". FJ 3)
- (70) Desantes Guanter, JM *Derecho de la información. Los mensajes informativos*. Colex, Madrid, 1994. p61
- (71) Desantes Guanter, JM *La verdad en la información*. Diputación provincial de Valladolid. 1976. p.83
- (72) (STC 178]1993. F.J. 5º)
- (73) (STC 240/1992, FJ 7. " Caso Playa nudista")
- (74) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 51
- (75) De Esteban, J. *Por una comunicación democrática*. Ferrando Torres Editor. Valencia 1976. p. 91
- (76) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p.53
- (77) (STC 172/90 de 12 de nov FJ 2 " Caso PatiñoI I")
- (78) (STC 172/90 de 12 de nov FJ 4 "Caso PatiñoI I".)
- (79) Rodríguez Pardo,J. *Derecho de la comunicación*. Laverde. Lugo, 1999. p. 149
- (80) Desantes Guanter, JM."Intimidad e información, derechos excluyentes", en *Nuestro Tiempo*, nº213. Pamplona, 1972
- (81) Berdugo Gómez de la Torre, I. *Honor, y libertad de expresión*. Madrid, 1987. p. 84
- (82) Muñoz Machado, S. *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Ariel. Barcelona,1988. p. 153.
- (83) (STC 171/90, de 12 de noviembre. FJ 9." Patiño I")
- (84) (STC 172/90, de 12 de noviembre. FJ 3. " Patiño I I")
- (85) (STC 232/1993 ,Cambio-16)
- (86) (STC 320]1994, F.3º)
- (87) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1997. p.64-66
- (88) Pérez del Valle, C. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*.Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 274-275

- (89) Pérez del Valle, C. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 277
- (90) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Dykinson. Madrid, 2000. p.120.
- (91) Serrano Gómez. *Derecho Penal Parte especial*. Madrid, 197. p. 256-
- (92) Cobos Gómez de Linares *Derecho Penal. Parte especial II*. Madrid,. 1997 p. 55-
- (93) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1997. p.64-66
- (94) Pérez del Valle, C.. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 266-268
- (95) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Editorial. Barcelona, 1997. p.64-66
- (96) Marías Julián. ABC p.3
- (97) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 188
- (98) Ruiz Vellido, E.. "Protección penal del informador", en AEDE. n°21, 1996.p. 56
- (99) Vega Ruiz, J.A. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de Comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 191
- (100) Del Moral García, A. . "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. Ignacio Serrano Butragueño. Comares Editorial. Granada,1998. p.1123
- (101) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 183
- (102) Del Moral García, A. . "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. Ignacio Serrano Butragueño. Comares Editorial. Granada,1998. p.1123
- (103) (STS 20 de febrero de 1991)
- (104) STC 50]1983 de 14 de junio
- (105) Vega Ruiz, J.A. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de Comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 191
- (106) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996.p. 122
- (107) (STC 51/1989 de 22 de feb.)
- (108) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 188-189

- (109) (STC 107]1988) “ STC 78] 1995, de 22 de mayo.
- (110) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”-9. Dykinson. Madrid, 2000. p. 12
- (111) Jiménez-Blanco, A. (Coor) *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del TC*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces. 1995. p.179.
- (112) Lorca Navarrete, J. F. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Pirámide. Madrid, 1984 p.61
- (113) Jiménez-Blanco, A. (Coor) *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del TC*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces. 1995. p.179.
- (114) Albaladejo, M. *Derecho civil. Introducción y Parte General*. Vol.I. Bosch. Barcelona,1996.p.357-377
- (115) Granado Pérez, C. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.139-140
- (116) Romero Coloma, A.M. *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*. Serlipost. Barcelona. p.10
- (117) Cossío, M. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*. Tirant lo blanch alternativa. Valencia. 1993. p.81.
- (118) Jaén Vallejo, M.*Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex. Madrid, 1992. p. 165
- (119) Azurmendi, A. *Derecho de la Información*. EUNSA Navarra, 1997. p. 273
- (120) (STC 214]1991 de 11 de noviembre)
- (121) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson. Madrid, 1998. p.335-336
- (121) Ortega Gutiérrez, D.. *Derecho a la información versus derecho al honor*. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Madrid, 1999. p. 134.
- (122) Vera Santos, JM. *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del TC*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998. p. 25
- (123) Vera Santos, JM. *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del TC*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998. p. 25
- (124) Bello Landrove, E. “Infracciones contra el honor. Algunas cuestiones relevantes”, en R.G.I.J. mayo, 1986. p.730

- (125) Tasende Calvo, J. J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.306-307.
- (126) Vera Santos, JM. *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del TC*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998. p. 9
- (127) Lema, J.M. "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", en *Revista jurídica de Castilla La Mancha*, nº6, 1989. p.167-214
- (128) Cruz Villalon, P. "Dos cuestiones sobre la titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, CEC, nº 35, 1992. p. 63-83. 81
- (129) Martín Morales, R. *El derecho fundamental al honor en la actividad política*. Facultad de Derecho. Un.Granada. Granada, 1994. p. 40-41.
- (130) Cruz Villalon, P. "Dos cuestiones sobre la titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, CEC, nº 35, 1992. p. 76
- (131) Romero Coloma, A,M, *Los bienes y derechos de la personalidad*. Trivium. Madrid, 1985. p. 58
- (132) Herrero Tejedor, F.. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex Madrid. 2de. 1994. p.283-284
- (133) STC 139]1995 de 26 de septiembre
- (134) López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*. Jurisprudencia y doctrina. Dykinson. Madrid, 1996. p.73-82). 80
- (135) O'Callaghan, X *Los límites de la libertad de expresión e información: honor, intimidad e imagen*. Editoriales de derecho reunidas. SA.Madrid. 1991. p.68
- (136) (TC 105/90. F.j. 4. "Caso J.M García")
- (137) Carreras Serra, Ll. . *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996.p. 54.
- (138) (STC 172/90. " Caso Patiño- Diario 16")
- (139) Carreras Serra, Ll.. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996.p. 54..
- (140) (STC 117/9. "Caso Ana Obregón")

- (141) Granado Pérez, C. "Jurisprudencia del TS sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.138-139.
- (142) Mendizábal Allende, R. "la libertad de prensa en el nuevo texto penal", en *AEDE n° 21*, 1996. p.15
- (143) Larenz, K. *Derecho Civil P.G.* Traducción y notas de Izquierdo y Macías Picavea. Madrid, 1978. p. 163
- (144) Degni, E. "Le persone fisiche e i diritti della personalità". Trattato Vassalli. n° 75 bis Torino. 1939. p.222
- (145) STC 190/1996
- (146) Espín Cánovas, D. "La defensa post mortem de la vida reservada en la LO 5 de mayo de 1982. La protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", *Homenaje a Luis D. del Corral*. Edersa. Madrid, 1987, p.112
- (147) Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1989. p.54-56
- (148) Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1989. p. 56
- (149) Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1989. p. 56
- (150) Santaella, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Civitas. Madrid, 1989. p.57
- (151) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976 p. 182
- (152) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976 p. 216-17
- (153) Desantes Guanter, JM. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*. EUDEMA Universidad. Madrid, 1987. p.375
- (154) Desantes Guanter, JM. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*. EUDEMA Universidad. Madrid, 1987. p.375
- (155) Desantes Guanter, JM. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*. EUDEMA Universidad. Madrid, 1987. p.375
- (156) Vega Ruiz, JA. *Libertad e expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p.194-195
- (157) Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coord. I.S. Butragueño. Comares Editorial. Granada, 1997 p. 1129-1130
- (158) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 183

- (159) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p.123
- (160) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 191
- (161) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño. Comares Editorial. Granada ,1997 p. 1124
- (162) Vega Ruiz, J.A. de. *Libertad e expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p.191-192
- (163) Tasende, J. J. "La tipificación de las injurias en el CP de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.327
- (164) Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*.Coor. I.S.Butragueño. Comares Editorial. Granada, 1997 p. 1129-1130
- (165) Tasende, J. J. "La tipificación de las injurias en el CP de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.328.
- (166) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 100
- (167) O'Callaghan, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Edersa. Madrid, 1991. p. 55-58
- (168) Solozábal Echevarría, J.J. *Acerca de la doctrina del TC en materia de libertad de expresión*. Revista Estudios Políticos. -nº 77 (Nueva Epoca). julio-sept. 1992. p.237.
- (169) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. M. 1991. p. 52
- (170) Berdugo Gómez de la Torre, L. *Honor y libertad de expresión*. Tecnos. Madrid, 1987. p.84
- (171) Fernández Palma, R.. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 317-318
- (172) Bacigalupo, E." Colisión de derechos fundamentales y justificación del delito de injuria". REDC nº 20 mayo-agosto, 1987. p.96
- (173) Berdugo Gómez de la Torre, L. *Honor y libertad de expresión*. Tecnos. Madrid, 1987. p.84
- (174) Muñoz Machado, S.*Libertad de prensa y procesos por difamación*. Ariel. Barcelona, 1988. p. 154-155
- (175)(STC 178/1993, F.J. 5)

- (176). Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 318
- (177) (STC 183/1995. F.j. 3)
- (178) (STC 172]1990)
- (179) (STC 28/1996 F.j. 3)
- (180) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 318-320
- (181) Desantes Guanter y Soria. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. 1991. p.50 y ss)
- (182) López Díaz, E.. *Derecho al honor y derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson. Madrid, 1996. p. 128
- (183) (STC 171/1990, F.j. 8)
- (184) STC 22/1995 F.j.4)
- (185) (STC 28/1996 F.j. 3)
- (186) (STC 28/1996)
- (187) (STC 178]1993. Fj. 5º)
- (188) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 322
- (189) (STC 3/1997 de 13 de enero)
- (190) (STC 3/1997 de 13 de enero).
- (191) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 324
- (192) STC 3/1997 de 13 de enero
- (193) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001 p. 326.
- (194) (STC 183]1995 , de 11 de diciembre. F.3º)
- (195) (ATC 5]1992, F.3º)
- (196) STC 6]1988 de 21 de enero)
- (197) (STC 105]1990, 6 junio : Caso "J.M.García da marcha atrás".)
- (198) STC 297]92 de 20 de febrero

- (199) López Díaz, E. *Derecho al honor y derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson. Madrid, 1996. p. 136
- (200) O'Callaghan, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Edersa. Madrid, 1991. p.59
- (201) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. M. 1991. p. 52
- (202) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 184
- (203) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs Derecho Penal. Barcelona, 1997. p. 185
- (204) Del Moral García, A. "Delitos contra el Honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coord. I.S. Butragueño. Comares Editorial. Granada, 1998. p.1124

2.- Protección del CP a la noticia en su actualidad

La actualidad informativa, lo decíamos en el primer capítulo, abarca toda la realidad humana, en un sentido amplio. Pero la información de actualidad está referida a acontecimientos nuevos convertidos técnicamente en noticias. Noticia es actualidad. “Lo actual -afirma Desantes- se consigue por la actuación, por el actuar, y actuar es llevar a cabo actos. El acto es la potencia realizada. Cualquier acto informativo convierte en mensaje la potencia de la realidad. La actuación del informador es así actualidad en el sentido entitativo”. (1). Recordemos que la actualidad tiene también, entre otros, un sentido cronológico, es lo que ocurre en un momento dado, presente, pasado o futuro, como hemos visto anteriormente. Asimismo, la actualidad se refiere a hechos nuevos. La noticia debe difundir hechos nuevos, considerando nuevo “ no sólo lo que está reciente sino lo que está a nuestro alcance por primera vez”(2)

En todo caso, el informador no puede difundir toda la realidad y deberá elegir parte de ella y acotar, con su buen criterio, “aquellas verdades que puede difundir o las noticias que vaya a comunicar” (3); esto es, la actualidad.

Proteger la noticia en cuanto a su actualidad será sancionar las conductas que impiden o desfiguran la recta actualización y difusión de los hechos.

En este sentido examinamos el delito de injurias que el nuevo CP recoge entre los delitos contra el honor.

2.1.- Injurias impropias que consisten en la comunicación de hechos. art.208

Nos detendremos especialmente en las injurias que según dicho cuerpo legal -y de manera impropia- se cometen por la imputación de hechos, ya que es la noticia el objeto de este estudio

El art.208 dice así:

“La injuria es la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Sólamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efecto y circunstancias, sean tenidas en concepto público por graves.

Las injurias que consisten en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

Según nuestro criterio, hay en este precepto al menos tres aspectos discutibles que enunciamos a continuación.

En primer lugar, a la hora de establecer la conducta injuriosa, se habla tanto de expresiones de valor como de imputación de hechos, lo cual supone una falta de claridad sobre los distintos mensajes objeto de comunicación, en los llamados delitos contra el honor. No es lo mismo, ni tiene las mismas consecuencias jurídicas, comunicar hechos que transmitir opiniones. Aquí radica, creemos, uno de los puntos confusos del art. 208.

Otro aspecto no menos ambiguo del mismo texto es el relativo a los bienes lesionados: la dignidad y la fama. La injuria es una expresión o juicio que ataca la dignidad, dignidad que no depende de los actos humanos; mientras que la imputación de un hecho lesiona la honra, que sí está supeditada a la conducta.

Además, -y este es el tercer punto que queremos subrayar- cuando en este art.208 se considera como injuria la atribución de hechos falsos que no son delito, se está refiriendo a otra figura jurídica que es la difamación, que no se nombra en el nuevo CP pero sí se alude a ella en el último párrafo del art. 208.

A cada uno de estos extremos nos iremos refiriendo en los siguientes epígrafes.

2.1.1.- Hechos y juicios.

La noticia -se ha venido reiterando- es lo ajustado a la realidad, cuyo constitutivo esencial es la verdad lógica(4), y por tanto se refiere a hechos que son comprobables, es decir, susceptibles de ser verificados, en este caso, a través de la *exceptio veritatis*.

La comunicación de opiniones, o mensaje de opiniones, no supone la coincidencia con los hechos porque la idea es una abstracción de la realidad. A diferencia de la noticia que debe coincidir con los hechos, la comunicación de ideas, según Desantes, supone adecuación entre lo pensado y lo comunicado, lo dicho. (5)

En el mismo sentido se manifiesta la profesora García Sanz cuando afirma que “La opinión o juicio comunicado surge de la valoración de un hecho por una idea”. (6)

“En el juicio, a diferencia de la noticia, no hay congruencia posible con la realidad. Si opera la libertad ideológica, la subsunción de una realidad en la libre idea valorativa, no sólo es tan libre como la idea, sino todavía más: porque una misma idea aplicada a un mismo hecho puede dar lugar legítimamente a conclusiones o juicios diversos. En esta consideración se basa el pluralismo democrático.”(7)

Esta distinción es fundamental a la hora de establecer los tipos penales.

2.1.2.-El concepto de injuria. La injuria es un mensaje de opinión

La injuria no es comunicación de hechos. Es un juicio deshonoroso “un juicio finalista con la intención de desacreditar, deshonrar, atacar el honor.” (8)

Estamos ante una comunicación valorativa que ataca al honor y también a la información.

“La injuria propiamente tal o en sentido estricto, no se comete por medio de un mensaje fáctico sino por un mensaje de juicio u opinión(...) Ciertamente que este mensaje en la injuria puede resultar simplificado, abreviado, precipitado, apasionado, pronunciado de palabra, por escrito, o representado icónicamente. Pero, en cualquier caso, supone un juicio u opinión deshonrante.” (9)

Partimos pues de que en la injuria no existe mera comunicación de hechos y por tanto no opera la exigencia de la veracidad como en la comunicación fáctica.

Precisamente el TC insiste en este punto en diferentes lugares de su jurisprudencia, para determinar la exigencia de la veracidad “cuya operatividad excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor y en la intimidad de las personas es muy distinta según se trate de hechos u opiniones...” STC 172]1990, FJ 8°. Así se pronuncia sobre la veracidad que despliega “sus efectos legitimadores en relación con los hechos pero no respecto de las opiniones que les acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan, puesto que las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación.” STC 172]1990. FJ 3°.

Otra cosa es el juicio recto. Por ello afirmamos con Desantes que “el que no pueda existir lo que llamamos verdad lógica no significa que el juicio, para ser tal, no deba someterse a unas reglas criteriológicas. Una de ellas es la congruencia del juicio con lo enjuiciado o, en el caso de la crítica, que es una variante especializada de juicio, de la crítica con lo criticado. Otra es lo que los italianos llaman *retta critica* o crítica exenta de mala fe. La injuria es un delito contra el honor en un sentido amplio pero es, como la calumnia, un delito contra la información, puesto que constituye un juicio envenenado, virulento, fuera de tono o que no tiene nada que ver con aquello que se critica”(10)

Es decir, se trata de un juicio rodeado de expresiones innecesarias para la información que se va a transmitir y, por tanto, carentes de interés informativo, de interés público. Expresiones “formalmente injuriosas” para el TC, y a ellas se refiere en varios lugares cuando afirma que no se justifican “expresiones

desprovistas de relación con la esencia propia del pensamiento formulado y que, careciendo de interés público, resulten formalmente injuriosas de las personas a las que se dirijan” (STC 51]1989 de 22 de febrero, FJ2º)

“La libertad de información debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente entre información de hechos y valoración de conductas personales, excluyendo del ámbito justificatorio afirmaciones vejatorias para el honor ajeno en todo caso innecesarias para el fin de la formación pública” (STC 165]1987 FJ10)

“...Aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y por tanto resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que expresan” (STC107]1988 de 8 de junio FJ 2)

“ ... La concesión del amparo depende de que, en la manifestación de la idea u opinión se hayan añadido o no expresiones injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento o formalmente injuriosas” (STC 190]1992 FJ 5)

Un ejemplo ilustrativo es la STC 105]90 de 6 de junio, recurso de amparo presentado contra la Sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza por la que se condena al periodista JM García por un delito de desacato por difundir por la emisora de una cadena de radio información referida a la percepción improcedente, por parte del presidente de la asociación española de fútbol, y diputado de las Cortes de Aragón, JLRoca, de dietas, ya que, sin hacer viaje alguno, cobraba los gastos de desplazamientos. El Ministerio Fiscal presentó querrela por estos hechos, por un presunto delito de desacato calumnioso a las Cortes de Aragón y al señor Roca, Diputado de las mismas.

En dicha Sentencia, el TC distingue lo que sean unos y otros mensajes -de hechos y de opiniones- lo que es crítica y lo que llega a ser insulto y, por lo tanto, no está permitido:

Así en su FJ 4º dice: a) “Este Tribunal ha diferenciado la amplitud de los derechos reconocidos en el art.20 de la CE, según se trate de libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicios y opiniones) y la libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas. Por el contrario, cuando se persigue suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende solamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales subjetivas”.

Más adelante, sigue diciendo el TC:

“ (...) Ha de concluirse de todo ello que, en su labor informativa, el señor García transmitió hechos veraces, obtenidos previa comprobación; en consecuencia actuó en el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz, protegido por el art.20.1.d CE. Ahora bien, es necesario examinar otro aspecto de su intervención radiofónica, aspecto referente a las expresiones concretas empleadas por el señor García, que son calificadas por el Ministerio Fiscal de afirmaciones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias para el recto ejercicio de la libertad ejercitada.

No cabe duda que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado, a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce el derecho al insulto (...)

La crítica de una conducta que se estima comprobada por un personaje público puede ciertamente resultar penosa -y a veces extremadamente penosa- para éste, pero en un sistema inspirado en los valores democráticos la sujeción a esa crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública. (...) Ahora bien, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o

calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información y que resulten proferidos gratuitamente, sin justificación alguna". (FJ8)

En este sentido puede consultarse también la STC 112]2000 de 5 de mayo: "caso Revista *Epoca*."

La crítica, la opinión, el juicio, es una valoración de la realidad, "acertada o no, de buena o mala fe expresa Desantes, y ello origina que en la injuria no sea posible la *exceptio veritatis*.."(11)

Así pues, la opinión, el juicio, expresa un pensamiento y por tanto no es verificable. Hablar en el mismo artículo, como hace el nuevo Código al referirse a la conducta de injurias, de expresiones de valor y de imputación de hechos, resulta desacertado por falta de claridad. Parece no distinguir que una cosa es la descalificación, el insulto, y otra la atribución de una conducta, con las consecuencias que antes hemos apuntado.

2.1.3.- El bien lesionado. La dignidad no es cuestión de fama.

Además de la falta de nitidez para diferenciar los mensajes que se comunican o transmiten en los delitos contra el honor, se advierte en el precepto que examinamos una cierta confusión en el mismo concepto del bien lesionado.

Se refiere el art. 208 a la dignidad y la fama.

El primer párrafo del art. 208 mezcla los conceptos de dignidad y fama:

"La injuria es la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

La dignidad no depende de los actos; la fama sí. La fama se refiere a la estimación pública de una persona en virtud de su actuación. De ahí que la definición de injuria que hace el art.208, tal vez podría reducirse a lo siguiente: "La

injuria es la expresión que lesiona la dignidad de otra persona”, prescindiendo del resto del párrafo.

La injuria lesiona la dignidad del ser humano -que la tiene siempre por el hecho de serlo-; no va contra la fama ni la honra que dependen de sus actuaciones. Toda persona es digna y no perderá nunca su dignidad porque no es un derecho relativo. Por eso la injuria lo es siempre aunque sea cierto lo que se afirma.

Aquí radica, para Desantes, una de las diferencias entre la calumnia y la injuria, en que ésta última “ siempre va contra la dignidad sustancial del hombre. La calumnia, en cambio, está en función de la actuación de la persona y de que se le atribuyan actos delictivos que no ha cometido”. Llamar a una persona “mancer”, aunque lo sea, constituye una injuria. He aquí una de las diferencias esenciales entre calumnia e injuria”. (12)

La definición legal de estos delitos contra el honor, especialmente de la injuria, se aprecia confusa, falta de concreción.

. El honor plurivalente

Otro punto de debate es el concepto plurivalente del honor. La cuestión de fondo puede consistir en que el Código no ha situado convenientemente el concepto de honor, concepto plural y no siempre definido por la doctrina, pero de importancia primordial a la hora de construir los tipos penales sobre sustratos claros.

No hay una definición legal sobre el honor, pero sí suelen distinguirse dos aspectos: el personal, referido a la dignidad y la propia estimación y el social en referencia a la buena fama y aprecio ajeno. “Existe, según Herrero Tejedor, una clara dificultad para dar una definición estricta del bien jurídico honor. Ello puede deberse a que nos hallamos ante un concepto prejurídico muy influido tanto por las circunstancias concretas -personales y ambientales- en que se desenvuelve como por tratarse de un valor que, lejos de permanecer inmutable, sufre

especialmente las consecuencias del paso del tiempo y de las ideas vigentes en cada momento en la sociedad” (13)

Así pues, las definiciones del derecho al honor son indeterminadas.

El contenido del derecho al honor es cambiante con el tiempo y por tanto no fácil de determinar en cada momento. “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”(14)

Merece la pena seguir al profesor Desantes en su concepto sustantivo y esencial del honor cuando afirma que “hay, en primer lugar, un concepto esencial o sustantivo del honor equivalente a la dignidad: la dignidad la lleva consigo todo hombre (...) la dignidad inherente a toda persona es igual para todo ser humano. Por eso todos tenemos derecho a la defensa.

Hay otros conceptos accidentales o contingentes del honor que se basan no en la sustancialidad de la persona sino en la complejidad posible de su actuación. Aquí aparecen una serie de términos relativos al honor, alguno de ellos -no siempre empleado con precisión- aparecen tanto en el Código nuevo como en el antiguo. Si nos fijamos en uno, “la fama”, vemos que se puede hablar de buena y mala fama, cuando en cambio no se puede hablar de buena o mala dignidad. La dignidad es única y no depende de los actos de la persona, como la fama, el mérito, el descrédito, el prestigio, la honra, etc. (...) ” (15)

“Recoge el Tribunal Supremo, también, un doble concepto del honor. El concepto fáctico, objetivo o aparente que consiste en la representación o consideración que los demás tienen de las cualidades de una persona; está constituido por la reputación y la fama que la persona tenga en la sociedad. Y el concepto subjetivo e inmanente de honor que se concentra en el aspecto interior, esto es, en la estimación que cada persona hace de sí misma” (16)

Por su parte, De Castro subraya la distinción entre fama y honor cuando afirma que “el honor y la fama son bienes típicamente sociales, uno y otro van

unidos a la estimación en y por la sociedad. A menudo se les confunde. El honor está referido (en su aspecto semántico) directamente al trato dado o recibido por los demás ("*honorem habere*", "*honorem tribuere*") y la fama es el rumor, voz pública, renombre que está relacionado con el eco que la persona produce en la opinión pública". (17)

"El honor, dice Rogel Vide, es la valoración que la persona hace de sí misma, de lo que se exige y de lo que está dispuesto que le exijan. El honor estará en torno a lo que la persona piensa de sí misma; la fama en torno a lo que los demás piensan o dicen pensar de ella, al margen de las reverencias, agasajos o trato que le den o hayan de darle" (18)

"Todo ser humano, dice Novoa Monreal, tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo (honor subjetivo) y que espera de los demás (honor objetivo)" (19) El autor une así de forma explícita el honor a la dignidad.

"El honor no es algo que se tiene (concepto objetivo) o que se siente (concepto subjetivo) sino que forma parte de la dignidad humana"(20), según Alonso Alamo.

A la dignidad humana unida al concepto de honor se refiere también la STS de 31 de julio de 1992 "El derecho al honor proclamado como fundamental en el art. 18.1 de la Constitución, es un derecho en cuanto derivado de la dignidad humana, a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo (inmanencia o aspecto interno de tal derecho) o ante los demás (trascendencia o aspecto externo o social del mismo)" (21)

La Constitución Española de 1978 ha sido un texto clave en los temas referidos a las libertades y derechos fundamentales, y especialmente, en la consideración del derecho al honor y el derecho a la libertad de información.

Fue a partir de la entrada en vigor de la CE y el nuevo ordenamiento por ella establecido, cuando “se detectó la disfunción existente entre la configuración democrática de las libertades de expresión e información y la tradicional sobrevaloración social y jurídica del honor. (...)

La mera contemplación de la falsedad o veracidad de lo expresado, siquiera objetiva, como referente para otorgar relevancia jurídica en un sentido u otro al derecho a comunicar información veraz, constituye ya un paso gigante en contraste con la tradición legal española” (22) A partir de entonces las aportaciones del TC , como intérprete de la Constitución han sido notables en los casos de conflictos entre bienes jurídicos de rango similar.

Es también a partir de la CE cuando el honor se identifica de forma más inequívoca con la dignidad de la persona, lo cual lo hace irrenunciable; así, en opinión de Elvira López, no se puede abdicar de parte del honor, pues este derecho no es susceptible de parciales renunciaciones. Sí puede llevarse a cabo esa renuncia en los derechos a la intimidad y propia imagen, pero no es concebible en relación al honor. Acude la autora al hecho frecuente de que una persona se desprenda voluntariamente de alguna de las facultades de su derecho a la imagen, mediante realización de vídeos, fotografías, etc. o bien, renuncie al derecho a su intimidad revelando datos de su vida privada, sin que por ello implique, la renuncia de su titularidad personalísima.

“Pero el derecho al honor no puede ser objeto de desprendimientos parciales, el honor se tiene o no se tiene, y si se dispone de él, probablemente, no se vuelva a recuperar jamás (...)

El derecho al honor es irrenunciable, implicando su renuncia una negación de la personalidad de su titular que podría ser anulada por ilícita” (23)

También Romero Coloma (24) se pronuncia sobre este aspecto del carácter irrenunciable del derecho al honor.

El mismo Tribunal Supremo tacha de “nulidad radical la renuncia al derecho al honor” en STS de 7 de marzo de 1990.

Partiendo de estos postulados, parece claro que el honor es un concepto polivalente con una vertiente subjetiva y otra objetiva. El nuevo Código ha incluido ambos aspectos de una forma poco clara, ampliando así el concepto de injuria al incluir en él, de manera expresa, el enfoque subjetivo y objetivo del concepto honor, en su ya citado art.208: *“Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”*, en el que mantiene sustancialmente el contenido del antiguo art. 457 -Código derogado- que decía: *“Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”* - “ con la principal novedad de incluir expresamente tanto el sentido objetivo o social del honor, cuando se refiere a “la fama”, esto es, la reputación que una persona tiene ante los demás, como el subjetivo o interno, cuando alude a la “propia estimación”, o sea, el juicio que una persona tiene de su propia valía.” (25)

El nuevo Código amplía pues el concepto de injuria, en una definición legal que nos resulta confusa y falta de concreción, entre otras cosas, por incluir en ella varios bienes jurídicos.

Se impone una clarificación sobre los bienes que se pretende proteger y un estudio sobre los mismos, pues ello daría como consecuencia un cambio en la estructuración del delito de injuria sobre otras bases diferentes y más apropiadas que las actuales. Una futura reforma de estos delitos debería acometerse desde esta perspectiva.

2.1.4.-La ausencia de difamación.

El tercer aspecto discutible del art. 208 se refiere a la difamación, supuesto que el Código no nombra de forma directa.

“Las injurias que consisten en comunicación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”(art.203 párrafo 3)

En el nuevo CP no se menciona expresamente el delito de “difamación”, en el que se afirman hechos falsos de otra persona pero que no son constitutivos de delito y sí van contra el honor. Calumnia y difamación vienen a ser el mismo delito. La primera imputa un delito, mientras que en la segunda los hechos no constituyen delito. Para Quintano Ripollés la difamación lleva aneja la persistencia del ánimo en el trato agresivo y sistemático al honor, y la publicidad.

La distinción con la injuria, dice el mencionado autor, es que en la difamación siempre ha de haber publicidad mientras que las injurias pueden darse con o sin esta circunstancia que siempre será agravante. “El requisito fundamental de la difamación es la divulgación, la publicidad que se hace frente a terceros del acto lesivo” (26) De donde se deduce que los casos de injurias con publicidad serán equivalentes a los supuestos de difamación.

En el nuevo CP “su tipificación real se ha subsistido como una modalidad de injurias, concebida así de manera más amplia (...) Frente a la polémica suscitada en torno a esta figura, la cual se vinculaba a un incremento de la represión penal en la esfera de los delitos contra el honor, la introducción del delito de difamación no hubiera supuesto, en principio, un ensanchamiento del ámbito de lo punible ” (27)

A nosotros, sin embargo, nos parece que la verdadera diferencia entre injuria y difamación está en que ésta última no es un juicio, va contra la honra, no contra la dignidad. Considerar como injuria la atribución de hechos falsos que no son delito, implica, según Desantes, “una falta de claridad en las ideas de lo que

son los diferentes mensajes que se transmiten, pública o privadamente, en los delitos contra el honor, y de la trascendental plurivalencia de este concepto..."(28)

"Nos fijamos en el art. 458.2 del viejo Código y en el que, aludiéndolo más que definiéndolo, le sustituye en el nuevo Código, según el párrafo tercero del art.208. Tal delito se refiere a la accidentalidad de una actuación, por una parte, y, de otra, constituye un mensaje de hechos. Tiene, por tanto, una semejanza radical con la calumnia, de la que se diferencia solamente en que los hechos atribuidos no constituyen delito, sino perjuicio considerable a la fama, al crédito o al interés del ciudadano. Lo que parece evidente es que nada tiene que ver con la injuria: no es un juicio, y de no ser cierto, no atenta a la dignidad sino a la honra de la persona en función de sus actos "(29)

En este mismo sentido se manifiesta Novoa Monreal cuando habla de dos clases de honor:

"El honor subjetivo consiste en el aspecto o estimación que el ser humano tiene por sí mismo; este honor es atacado por medio de, principalmente palabras ajenas que expresan menosprecio hacia el sujeto las cuales son conocidas en el derecho penal como injurias.

El honor objetivo consiste en el interés que toda persona tiene por su prestigio y buen concepto ante los demás; este honor es ofendido mediante la propagación de información que perjudica su reputación ante otro, hecho que se conoce en el derecho como difamación"(30)

Finalmente concluye Desantes que " a la vez que el Código viejo y el nuevo tipifican, más o menos aceptablemente, dos delitos y los nominan como calumnia e injuria, no nominan, ni clasifican convenientemente, ni definen con claridad, aunque lo castigan, un tercer delito que es el que en la legislación comparada - código alemán, portugués, argentino, chileno, peruano, como ejemplos- recibe el nombre de difamación. (31)

El CP alemán se refiere a la difamación en su parágrafo 186: “Quien en relación a otra persona afirmare o difundiere un hecho idóneo para desprestigiarla, desacreditarla o degradarla ante la opinión pública será, si el hecho no se probare como cierto, castigado con...”

Para Rudolphi este precepto supone una doble protección, pues “no solamente pretende impedir que el autor manifieste mediante la afirmación o difusión de afirmaciones de hechos injuriosos su propio menosprecio de la víctima, sino también, al mismo tiempo, combatir que el autor, de este modo, ponga a disposición de terceros las bases materiales para el menosprecio de la víctima, y de este modo, ponga en peligro de manera especialmente intensiva la posibilidad de este de vivir una vida acorde a su prestigio”(32)

La legislación francesa define, por su parte, lo que entiende por difamación: “toda alegación o imputación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de una persona, a la que el hecho es imputado, es una difamación”, se recoge en la Ley sobre Libertad de Prensa (33)

El CP portugués dice en el art. 165: “...quem injuriar outrem imputando-lhe factos, mesmo sob a forma suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração, será punido com prisao até 3 meses à multa até 30 dias...tratando-se de imputação de factos, serao aplicáveis à injúria as regras dos nº 2,3 e 4 do artigo anterior...” Artículo que habla de la difamación: “...quem, dirigindo-se a terceiros, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos a sua honra ou consideração, ou reproduzir una tal imputação ou juízo, será punido com prisao até 6 meses e multa até 50 dias(...) O agente no sera punido :

- a) quando a imputação for feita para o interesse público legítimo ou por qualquer outra justa causa; e
- b) prove a vedade da mesma imputação uo tenha fundamente sério para, em boa fé, a reputar como verdadeira.

3. A boa fé exclui-se quando o agente nao tiver cumprido o deber de informaçao, que as circunstancias do caso impunham, sobre a verdade da imputaçao (...)

4. Quando a imputaçao dor de facto que constitua crime, será também admissivel a prova, mas limitada à resultante de condenaço por sentença transitada em julgado..." .

Por su parte, el CP argentino dice en su art. 110 : "... el que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de diez mil a ciento cincuenta mil pesos o prisión de un mes a un año". Su artículo 111 diferencia claramente la injuria de la calumnia.

El CP tunecino, en su art. 245 afirma: Il y a diffamation dans toute allégation ou imputation publique d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à considération d'une personne ou d'un corps constitué. La preuve du fait diffamatoire est autoriséé dans les cas prévus par l'article 35 de notre décret du 14 octobre 1884 sur le presse..."

También se contempla la difamación en el art. 350 del CP mexicano: "...La difamación consiste: en comunicar dolosamente a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que puede causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien..." Y también en el art. 335: "...No servirá de excusa de la difamación, ni de la calumnia, que el hecho imputado sea notorio, o que el reo no haya hecho más que reproducir lo ya publicado en la república..."

El art. 146 del CP de Costa Rica se refiere asimismo a la difamación cuando dice que difama " el que deshonrare a otro o propagare especies idóneas para afectar su reputación".

En el caso concreto de la realidad española, el precepto relativo a la difamación fue y es un precepto controvertido en nuestra legislación. El Código

Penal español de 1928 recogía en su art. 632 el delito de difamación como “toda información pública, tendenciosa, sistemáticamente proseguida contra una persona natural o jurídica, revelando o divulgando hechos de su conducta privada o situaciones morales o económicas, o bien estados patológicos o sexuales con propósito de que redunden en su desprestigio o descrédito, o ruina de su fama o intereses. Difamación grave es la que se realiza por medio de la prensa u otro medio de publicación o difusión, menos grave la que se lleva a cabo de palabra o por escrito, pero en ambos casos con publicidad. Una y otra serán castigadas respectivamente como calumnia grave y menos grave con publicidad”

El anteproyecto de Reforma del Código Penal de 1992 el Capítulo II se titulaba: *De la difamación y la injuria*, y pretendió considerar la difamación como delito, en el art.205 que decía:

- 1.-“Constituye delito de difamación imputar maliciosamente a otros hechos que racionalmente pueden atentar contra su intimidad o perjudicar su fama, imagen, dignidad u honorabilidad. La difamación será castigada con la pena de multa de seis a nueve meses. Si la conducta fuere reiterada se impondrá la pena de multa de ocho a doce meses.
- 2.- Si la difamación se hiciere con publicidad, se impondrá la multa de diez a catorce meses. Si la conducta fuere reiterada se castigará con la pena de multa de doce a dieciséis meses.
- 3.- El acusado de este delito quedará exento de pena probando la verdad del hecho imputado y la legitimidad de su difusión. Esta se presume siendo legítima cuando los hechos se refieran a personas que tengan algún tipo de relevancia pública, salvo que la difusión de los hechos no contribuya a satisfacer ningún interés legítimo vinculado con la función del libre flujo de la información en una sociedad democrática o que afecte a hechos protegidos por sus derechos a la intimidad personal o familiar”

La tipificación del delito de difamación, que parecía hecho para proteger a la clase política, no pasó a la redacción final, por recibir una gran crítica.

Desde las posiciones en contra a la inclusión se argumentó que “no era necesaria pues el honor de las personas, y por lo tanto también de los políticos, encuentra en nuestro ordenamiento suficiente protección penal a través de los delitos de injurias y calumnias. Añadir un nuevo tipo penal hubiera supuesto una limitación innecesaria en una sociedad democrática, y por lo tanto ilegítima según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, de la libertad de expresión ” (34)

También se argumentaba que si en otros países existen -calumnia, injuria y difamación- tres tipo de delitos para la protección del honor es porque en tales ordenamientos “se distingue entre las imputaciones de hecho (calumnias y difamación) y las valoraciones despectivas(injurias, insultos u ofensas). Las argumentaciones en contra de la tipificación del delito de difamación subrayaban que el objeto de ésta no era hacer semejante la protección penal española del derecho al honor a la establecida en la mayoría de los ordenamientos europeos, sino de ampliar y endurecer la punibilidad de este tipo.” (35)

Después de la dura crítica que se vertió sobre este Anteproyecto, el delito de difamación fue suprimido en el Proyecto de reforma del CP de 1992, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 26 de septiembre de 1994.

En el debate parlamentario el G.P. Coalición Canaria propuso la enmienda 1006 para modificar la rúbrica del Capítulo II: “De la injuria” añadiendo “...y la difamación”. La enmienda fue retirada el día 2 de junio de 1995.

El G.P. Coalición Canaria presentó asimismo la enmienda 1007 que proponía el siguiente texto: “...Son injurias las acciones o expresiones realizadas en presencia de una persona causando grave daño a su dignidad, fama o propia estima, los mismos hechos realizados a espaldas del ofendido serán constitutivos

de difamación..."La enmienda fue retirada por el mismo Grupo el 2 de junio de 1995.

" El Proyecto del CP llamado "de la Quadra Salcedo" por el ministro que lo defendió y que afortunadamente no se pudo poner a votación de las Cortes por su disolución anticipada en 1993, se inventó un delito apodado como difamación que, sin antecedente alguna en la tradición legal y doctrinal española ni en el derecho comparado, suponía, como resumen de mala acogida que tuvo "una mordaza encubierta para controlar la disidencia", delito periodístico que llevaba a la autocensura o a la humillación del encartado cuando se retractaba públicamente de lo difundido para obtener una vergonzante rebaja..."(36)

Para Sinova, esta iniciativa del delito de difamación, como intento del poder político para controlar a los periodistas "se produjo en un clima de aversión oficial a los periodistas, a los que se quiso dar una lección y sujetarlos. (...)

"En vez de hacer frente a la corrupción, de admitir los errores, de poner el remedio debido a los abusos y de intentar una purificación pública, el partido gobernante pretendió solucionarlo todo con el control de periodistas. El Proyecto fue rechazado como figura muy peligrosa para el trabajo de los periodistas y la libertad de expresión" (37)

Resulta fácil compartir con el autor que el empeño en tipificar la difamación tuvo su origen en la reacción gubernamental al aluvión de noticias y comentarios sobre la corrupción política descubierta por la prensa, que sacó a la luz cuestiones comprometedoras para el ejecutivo

Por su ventura desapareció tan excéntrica norma, dice Desantes. . El delito no se nombra pero, de alguna manera, se alude como una especialidad del delito de injurias."No se ha aclarado suficientemente la figura delictiva de la difamación, ni se ha llamado por su nombre. Lo que plateará -entre otras imprecisiones

generadoras de dudas que se encuentran en le nuevo texto- problemas graves para su aplicación". (38)

En el mismo sentido se expresa López Díaz, cuando subraya cómo " por la crítica feroz y desorbitada que padeció el anteproyecto... ha desaparecido la difamación como delito autónomo, aunque subsiste como una manifestación del delito de injurias" (39)

" Tal vez, dice Maciá Gómez, un clima más distendido entre determinados medios de comunicación y el gobierno, en el otoño de 1995, hubiera posibilitado la tipificación de la difamación, como figura delictiva asociada a la injuria, en beneficio de todos." (40)

Así pues, en el nuevo Código se ha perdido la ocasión de establecer, entre los delitos contra el honor, ese " *tertium genus* al que claramente se le debe reconocer la *exceptio veritatis*, a semejanza de la calumnia. Lo que lleva al legislador, que no puede prescindir del todo de la realidad, a establecer unas normas complicadas para reconocerla, dentro de la injuria, en el discriminado art.210."(41)

No acierta el Código al hablar de difamación sin nombrarla. No contempla el delito de difamación pero en cambio refuerza el delito de injuria, incluyendo en él las imputaciones de hechos falsos y no constitutivos de delito.

2.2.- La gravedad, concepto indeterminado.

El concepto de gravedad a que se refiere el art.208 CP, párrafo 2, es un punto digno de considerar, pues sólomente serán constitutivas de delitos las injurias que por su naturaleza, efectos o circunstancias, sean tenidas en concepto público por graves.

Comparamos en primer lugar el articulado del nuevo CP y el CP derogado:

Art.208.

Párrafo dos: *“ Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efecto y circunstancias, sean tenidas en concepto público por graves.*

Párrafo tres: *Las injurias que consisten en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*

El CP derogado decía de las injurias:

Art. 458: *“Son injurias graves:*

1º. *La imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio*

2º. *La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado.*

3º. *Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en concepto público por afrentosas.*

4º. *Las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.*

A la vista de ambos códigos, pueden observarse cambios significativos en el nuevo cuerpo legal que modifican la definición de la injuria.

Aunque aquella sigue consistiendo en expresiones verbales o en actos, se habla ahora de “lesión de la dignidad o menoscabo de fama o atentado contra la propia estimación”, mientras que antes se hablaba de un carácter tendencial de la

conducta. El delito de injurias leves ha desaparecido. Ahora se limita el delito a las lesiones graves del honor, desplazándose el delito de injuria hacia la falta del art. 620.2. Se ha suprimido también la referencia a “la imputación de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio”, que establecía el antiguo CP para tipificar, en primer lugar a las injurias graves.

A nuestro juicio, no cabe duda de que una de las modificaciones más importantes se refiere a *la gravedad*, en base a la afirmación de que “únicamente se castigan las injurias graves. “ En el CP derogado las injurias leves hechas “por escrito y con publicidad” (art.460) eran siempre constitutivas de delito, quedando reservada la falta de injurias a atentados leves contra el honor realizados sin estas circunstancias. La modificación es relevante y hace pronosticar una significativa inflación de los procesos por faltas de injurias leves en detrimento de los procesos por delitos de injurias, e incluso un incremento de las condenas, al disiparse las reticencias de los órganos judiciales a dictar una condena por un delito consistente en el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión” (42)

Así pues, en el nuevo CP, en las injurias con publicidad se impone el criterio de la gravedad para determinar si se está ante un delito o una falta de injuria

El artículo 208 hace en realidad “una distinción implícita entre las injurias por “acción” y las injurias por expresión. En estas últimas habrá que considerar las que consisten en juicios valorativos de las que suponen imputaciones de hechos”, (43) que en todo caso, sólo se considerarán graves si llevan aneja el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad.

El problema se presenta porque el art.208, -que afirma que sólo constituyen delito las injurias que por su naturaleza, efectos o circunstancias sean tenidas en concepto público por graves- no describe cuáles sean los elementos que

determinen esa gravedad, eliminando la casuística del anterior art. 458, que sí lo hacía. Se deja a los jueces la delimitación de esta frontera.

“La gravedad no se define, afirma Fernández Palma, sino que se deja pendiente de concretización, remitiendo, a través del parámetro del concepto público, al juez, la tarea de su elaboración atendiendo al conjunto de valoraciones sociales vigentes. En este proceso discrecional, el juzgador deberá tomar la de la realidad social los elementos de decisión en orden a valorar la gravedad o levedad de la imputación, erigiéndose, en todo caso, como límite el conjunto de la axiología constitucional” (44)

En este mismo sentido, Vives Antón advierte que “No puede el aplicador del derecho utilizar su propio criterio ni el del ámbito social en que se desenvuelve; sino que ha de valorar qué es lo que la sociedad como tal considera grave y lo que no” (45)

Algunos autores hablan incluso del carácter *circunstancial* de la injuria, precisamente basándose en esa delimitación de la gravedad que hace el párrafo segundo del art. 208: “ de la delimitación de su gravedad se desprende el carácter eminentemente circunstancial que conserva esta infracción penal así como el relativismo que caracteriza la conducta injuriosa, con la consiguiente dificultad a la hora de establecer una tipificación más precisa que la que se realiza a través de la cláusula genérica del art.208, párrafo segundo, lo cual confiere la categoría de delito sólo a aquellas injurias que “por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en concepto público por graves.

Es así evidente la importancia que adquiere la valoración judicial para delimitar en cada caso la tipicidad de la conducta supuestamente injuriosa, y en especial para decidir sobre su gravedad o entidad delictiva, atendiendo al concepto público o social imperante.” (46)

Estamos con el autor cuando considera que estos conceptos difusos e indeterminados son poco acordes con los principios de seguridad jurídica. No será fácil, de otra parte, hallar otros criterios alternativos a la citada valoración judicial. Ya que aunque se lesione la fama o la autoestima a la que se refiere el art. 208, el delito de injuria no tendrá lugar si la conducta no “reúne las condiciones de naturaleza, efectos y circunstancias, parámetros que le confieren en el público concepto el carácter de grave” (47)

“La gravedad como circunstancia jurídica de agravación jurídico-penal, dice el TS, es una expresión general que, en función de las circunstancias de personas, de tiempos, de lugar, de ocasión, de relación entre quien ofende y quien es ofendido, etc., es o no de aplicación a cada caso concreto. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya proyección a la realidad obliga al juez, de acuerdo con los factores ya reseñados y con la propia realidad social a la que el art. 3.1 del Código Civil llama para integrarse en el complejo fenómeno de la búsqueda y alcance de las normas jurídicas, a graduar las características de la ofensa para decidir, después, si el hecho es grave o constituye, por el contrario, una injuria liviana”(48)

Así la STS de 21 de mayo de 1996 afirma que “corresponde al ponderado criterio judicial trazar la línea delimitadora -entre las injurias graves y las leves- atendiendo al contenido de las expresiones y a las circunstancias de personas, de tiempos, de lugar, de ocasión, etc.”

La ambigüedad con que está reseñado este párrafo segundo del art. 208, respecto a la indeterminación de la gravedad, ha sido señalada por un número de autores, entre ellos, Quintero Olivares, G(49) Quintero Olivares, G. y F. Morales Prats (50) Queralt Jiménez, JJ. (51) Castañeira Palou (52).

Nuestra preocupación en este punto se centra, concretamente, en el caso de las noticias que se difunden a través de los medios de comunicación donde este aspecto adquiere importantes dimensiones. El problema lo es de fondo y está, creemos, en establecer qué se entiende hoy por "grave", según el concepto público.

Ciertas exposiciones ante los medios de comunicación, cada vez más "normales" ante la opinión pública, atacan la propia estima, hasta cambiar su concepto social. En la actualidad, la televisión y un cierto tipo de prensa ha sentado como costumbre la trivialización de la vida más íntima, el desfile de un conjunto de personajes que muestran sus turbulencias personales sin ningún pudor. Así las deshonras ajenas, las vidas rotas, se ofrecen como diversión al dominio público sin suscitar cuestionamiento.

Es esta una problemática debatida en la tribuna pública de la prensa más seria: "Asistimos a una sociedad que ha perdido los puntos de referencia y se va imponiendo la fascinación por una tolerancia ilimitada"(53)

En el CP derogado el art. 458,2 establecía como injurias graves "la (imputación) de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado", pero en el actual ha desaparecido.

Un ejemplo reciente del pasado mes de noviembre se refiere al caso de una folclórica española de conocida fama de la que un periodista difunde la noticia de su lesbianismo. El juez considera que no es injuria puesto que el concepto público hoy de la homosexualidad no es ofensivo.

Adaptar la ley a la realidad social ha de contar con las disfunciones que la misma sociedad produce y, en todo caso, evitar favorecer una falsa tolerancia que la mayoría social ni quiere ni debe soportar.

2.3.- Analogía con la calumnia.

A pesar de lo afirmado hasta aquí, es decir, a nuestro pesar, la realidad es que en el nuevo CP existe una analogía entre calumnia e injuria; en el primer supuesto (calumnia) se afirman hechos falsos atribuyendo un delito a una persona. En el segundo (injuria) existe la misma falsedad pero los hechos no constituyen delito. Como hemos visto ya, el confuso párrafo 3 del art. 208 sanciona las injurias que consisten en la imputación de hechos, subrayando cuándo se considerarán graves.

Utiliza el precepto los mismos términos que los empleados para definir la conducta calumniosa, esto es “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Lo que ha llevado a afirmar a muchos autores que en la nueva legislación hay una gran similitud entre injuria y calumnia, “Que este tipo de injuria sólo se considere grave repitiendo la expresión empleada para la definición de la calumnia, corrobora la relación de subsidiariedad tácita de la injuria “(54)

En este mismo sentido se pronuncia Tasende al afirmar que “El tipo de injurias graves consistente en la imputación de hechos, regulado en el párrafo

tercero del art. 208, presenta una clara semejanza con el delito de calumnia, del cual se diferencia únicamente en el tipo objetivo”.

Es decir, en el caso de la calumnia las imputaciones se refieren a hechos constitutivos de delito, y en la injuria no necesariamente si bien pueden ser hechos constitutivos de falta o de infracción administrativa.

Sin embargo, y en cuanto se refiere a la conducta subjetiva la coincidencia es acusada puesto que se realiza “tanto cuando el autor tiene conciencia de la falsedad de la imputación, como cuando, sin querer imputar, no emplea una *mínima* y razonable diligencia en la comprobación de la verdad.”(55) Volvemos a subrayar aquí que no parece idéntico una diligencia razonable, esto es, prudente, y una diligencia mínima, pues éstas última podría ser del todo insuficiente.

Estamos con Vega Ruiz en que no resulta acertada la modificación, pues “son demasiadas las explicaciones, los requisitos o las cortapisas del legislador. Parece como si temiera el delito. La fórmula anterior era más pura, más abierta...”(56)

Para Fernández Palma, el párrafo 3 del art. 208 “es el que ofrece mayores novedades legislativas en relación a la antigua regulación de la injuria (...) El legislador penal juega con un concepto laxo de falsedad que asume la relatividad intrínseca al término, proporcionando una de las posibles soluciones al conflicto significado por el ejercicio de las libertades de expresión e información y el derecho al honor” (57) La autora se cuestiona, sin embargo, el lugar de ubicación dogmático adecuado para la falsedad

Maciá Gómez (58) señala una serie de caracteres sin los cuales no nos hallaremos ante un delito de injuria

Uno de ellos es que el hecho imputado lesiona la dignidad, menoscabe la fama o atente contra la propia estimación del ofendido. Es decir, que tenga un

resultado de desmerecimiento frente a los valores sociales comúnmente aceptados. p. ej. la cobardía puede ser constitutivo de una lesión al honor en una sociedad en la que prima el espíritu valiente.

En segundo término se refiere el autor a que los hechos imputados no sean constitutivos de delito. No es lo mismo atribuir el alcoholismo a un cirujano que imputarle un resultado erróneo de una operación que realizó bajo los efectos del alcohol.

Además, el hecho imputado, por su naturaleza, efectos y circunstancias, debe ser tenido en concepto público por grave. Aprecia el autor que la gravedad no se refiere a los contenidos sino a un elemento subjetivo. La gravedad de la conducta vendría dada por un elemento externo: el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad. La imputación del hecho ha de efectuarse con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad.

Volveríamos a referirnos aquí a la veracidad subjetiva. Pero ciertamente con una observación importante, que se desprende del texto: aunque faltase la veracidad subjetiva la injuria no ha de ser grave necesariamente, parece que un requisito para la gravedad es la inveracidad, pero no el único; por lo tanto, aun sin veracidad subjetiva la ofensa podría ser leve, es decir, una falta.

Nosotros seguimos sosteniendo que la postura más acertada para establecer la verdadera diferencia entre calumnia e injuria, es la de considerar que el delito de injuria no se puede referir a comunicación ni imputación de hechos puesto que la injuria es una expresión o juicio como se ha dicho ya. Sería pues necesario para una claridad en estos tipos de delitos contra el honor que se pusiera nombre al delito al que se alude: la difamación. Siguiendo al Profesor Desantes, (59) el Código se ha perdido la oportunidad de distinguir tres delitos: calumnia: se afirman hechos falsos atribuyendo a una persona un delito. Difamación: falso pero sin ser delito: deshonra el honor; injuria: deshonra la dignidad.

2.4.-Injurias e información.

La falsedad y el temerario desprecio dos expresiones utilizadas en el párrafo tercero del art.208, van a tener gran relevancia para el periodista o informador. Ya hemos afirmado que creemos que no se puede hablar de falsedad en el caso de las injurias puesto que siempre serán injurias por atacar la dignidad de la persona, aunque sea cierto lo que se dice de ella. La veracidad solamente es aplicable en el caso de comunicación de hechos, pues las opiniones no son comprobables, como se ha dicho ya. Pero lo cierto es que así lo establece el nuevo CP y hasta tanto se reformen estos extremos, su formulación repercutirá especialmente sobre los profesionales de la información.

El conocimiento de la falsedad de la imputación equivale a mentir de una manera consciente (Véase lo expresado en el delito de calumnia sobre la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad) Como se dijo, en el caso de la noticia calumniosa, el informador habrá cumplido con ese requisito de la *veracidad* cuando haya actuado con suficiente diligencia.

Otro requisito es la *relevancia*, referida al contenido de la información, como también hemos apuntado . En este sentido, el mismo TC también *confunde* cuando habla de *hechos* que pueden constituir faltas de injuria: “El menoscabo del derecho al honor en aras de preservar el derecho a la información sólo estará justificado si la información tiene interés para la formación de la opinión pública, lo que no sucede cuando la información versa sobre *hechos* que no tienen ninguna relevancia pública por afectar a materias estrictamente privadas. Si se difunde información veraz pero carece de esa relevancia pública, los hechos podrán ser castigados penalmente aunque, en ese caso, por virtud del art.208.3 la sanción habrá de venir de la mano de la falta de injurias del art. 620” (60)

“Es discutible si una información veraz pero formalmente injuriosa podría dar lugar al delito del art.208. Los tajantes términos del art.208.3 parecen invitar a

que en esos casos sólo sería posible la punición como falta a través del art. 620.2, aunque la conclusión no es lógica". (61)

Si se tratara de una información sobre personaje público, la libertad de información amplía su ámbito en detrimento del derecho al honor, como hemos venido señalando.

El otro extremo preceptivo, la *proporcionalidad*, está haciendo referencia a que la información no tenga expresiones innecesarias o superfluas que resulten insultantes.

Así pues, si la información es veraz, de relevancia pública, aun no sería protegible constitucionalmente si la forma de difundir la noticia es insultante sin necesidad "La Constitución no ampara el derecho al insulto", como afirma el TC en Sentencia 105]1990, entre otras.

2.4.1.- El riesgo inevitable- el riesgo permitido

Ya se ha apuntado en este estudio que la verdad absoluta no puede considerarse requisito de la información, pues sería tanto como imposibilitar la actividad informativa en detrimento de la libre circulación de noticias propia de una sociedad democrática.

A este tenor, recordemos las ya famosas palabras del TC citadas y criticadas por maximalistas anteriormente, en la que se afirma que "de imponerse la verdad como imperativo legal, la única solución sería el silencio". (62)

Pero la no verdad, aun por fallos humanos, en la información difundida sobre un tercero, puede producirle daño a su persona y a sus relaciones. A mantener ese equilibrio entre los dos extremos ha dedicado el TC numerosa jurisprudencia, como se ha venido viendo, haciéndolo depender del cumplimiento de ciertos deberes de los periodistas (diligencia, interés público, proporcionalidad...) Si bien siempre habrá que contar con un margen de riesgo que algunos autores llaman "riesgo permitido", refiriéndose a diversas actividades

sociales, que llevan consigo un alto grado de peligrosidad para terceros. Es decir, aunque se ponga todo interés en actuar correctamente la conducta en sí engendra un riesgo.

“Puesto que una sociedad sin riesgo no es posible, señala Jakobs, y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgo no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado, como riesgo permitido” (63)

“La protección constitucional de la información falsa pero diligente que lesiona otros bienes jurídicos, respondería al principio del “riesgo permitido” justificado en la función que en nuestros modelos sociales desarrolla la opinión pública”(64)

Aplicando este concepto de riesgo permitido a la información, habla Fernández Palma de la actitud tendente hacia la verdad material, del máximo acercamiento a aquella “como meta ideal hacia la que debe encauzarse el ejercicio legítimo del derecho a la difusión de información, asumiendo el índice de inseguridad representado por la escala de niveles inferiores a los que resulte viable acceder mediante el cumplimiento de los necesarios deberes de conducta y el necesario riesgo -penalmente permitido- para el bien jurídico.”(65)

“ Quien imputa un tercero hechos correctamente contrastados como veraces si más tarde se comprueba su falsedad, se mantiene, pese a todo, dentro de los márgenes de riesgo permitido, sumiéndose desde esta perspectiva una parcela significativa de peligro para el bien jurídico, fundamentada en la utilidad social que reporta la actividad informativa”. (66)

El problema no está en las imputaciones que se hayan llevado a cabo con temerario desprecio hacia la verdad y resulten falsas, sino cuando finalmente resulten verdaderas a pesar de que se llevaran a cabo con desprecio a la verdad. Se vuelve a repetir aquí el conflicto planteado respecto de las calumnias cuando la

falsedad subjetiva y la objetiva entran en contradicción. En estos casos nos parece que no encajan en la tipicidad.

2.4.2.- El honor y la prensa. La repercusión social.

Las figuras más típicas vinculadas al conflicto honor-información son la calumnia y la injuria, delitos que puede cometer cualquier ciudadano, y que adquieren especial interés cuando los comete un profesional de la información.

Resulta clave en este aspecto el alcance del derecho a la información sobre el derecho al honor, siempre y cuando se den una serie de requisitos.

El honor se protege de varias formas, refiriéndonos a la comunicación, que es lo que interesa aquí. Una de ellas es impedir la difusión de actos que supongan un menoscabo de la dignidad personal o de la integridad moral: "Es una protección frente a toda comunicación de actos que provoquen rechazo social, una mala imagen o una consideración negativa por parte de los demás. Naturalmente, que se protege al impedir la difusión de acciones de estas características que falsamente se atribuyen a una persona. Impedir la difusión de insultos, o expresiones que vulneren la dignidad de la persona." (67)

La Ley se limita a considerar la manera concreta en la que sea lesionado el derecho al honor, afirma Carreras Serra , " En la redacción actual, introducida por la disposición final cuarta de la L.O. 10/95 del Código Penal, el art.7.7 queda redactado así: "La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación", que tiene un sentido más acusatorio que el de la simple divulgación" (68)

En realidad da la impresión de que en el nuevo CP más que el honor se contempla el deshonor, la deshonra o lo infamante para otorgarle protección. Así se habla de "menoscabar la fama" o "atentar contra la propia estimación"; de "falsedad". "ofensa", "daño", "gravedad".

El contenido ofensivo de las injurias en la prensa puede reflejarse de una manera plural y adquirir diversas formas; “se puede, dice Carreras, cometer el delito mediante la palabra o el escrito, y también a través de caricaturas, gestos, actitudes desdeñosas, pero lo relevante es que la manifestación injuriosa tenga un claro contenido ofensivo o denigratorio para otra persona, que socialmente se pueda considerar que la deshonra o la desacredita.” (69) El contenido ofensivo atentatorio a la dignidad de la persona es el primer elemento.

En el mismo sentido, cita Aguilera Fernández cómo la imputación en la prensa puede llevarse a cabo por “escrito, alegoría, caricaturas, emblemas o alusiones”. (70)

La repercusión social de lo que se difunde por los medios de comunicación es máxima. Ha de hacerse públicamente de forma que la llegue a conocer el injuriado “la doctrina discute sobre si el delito se comete en el momento en el que la injuria llega a oídos del injuriado o queda perfeccionado cuando es conocida por terceras personas...” (71)

Los medios de comunicación, como plataforma pública, resultan ser el lugar idóneo para poner de manifiesto el merecimiento o desmerecimiento ajeno y no debemos olvidar que “el denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art.7.7 LO 1]82 de 5 de mayo) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en concepto público por afrentosas” (72) Excepto, naturalmente, el deshonor que nazca de las propias actuaciones.

Así, por su parte, el Tribunal Constitucional ha expresado que

“... ni la Constitución, ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos” (73) El atentado contra el honor supone siempre la falta de veracidad, pues si una persona ha cometido el acto que se divulga, no podrá ver atacado su honor, ya que es responsable del mismo.

Dentro de medio en el que se realiza la ofensa, habrá que tener en cuenta el contexto, la sección concreta en la que aparezca; p. ej. no es lo mismo a estos efectos un espacio de humor que un noticiario. En todo caso, la imputación ha de ser difundida públicamente, pues la intromisión en el honor se basa en dar a conocer el hecho a otros.

En este sentido resulta interesante la aportación de Igartua Arregui cuando matiza entre difamación y desmerecimiento en la consideración ajena. (74)

Desmerecer ante la consideración ajena puede tener lugar mediante la comunicación de hechos ciertos de carácter hiriente para una persona, divulgación que sólo admite el derecho cuando sea estrictamente necesaria para la opinión pública, y tengan relación con la información que se comunica, como se ha comentado ya reiteradamente en este estudio.

“Pueden existir hechos o expresiones ciertas de una persona, que no deban ser divulgadas si le perjudican, salvo si hubiera necesidad de su público conocimiento” (*Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, nº 19 de Madrid, del 4 de julio de 1986*), pero “el carácter molesto o hiriente de una información no constituye por sí solo un límite al derecho a la información, aunque el valor que, en general, tiene el derecho a la información de noticias veraces y de relevancia pública no es de carácter absoluto, y, por consiguiente, no resulta constitucionalmente protegido el uso de expresiones que carezcan de relación alguna con la información que se comunica o resulten formalmente insultantes, insidiosas o vejatorias”

STC 240]1992.FJ8º . También en la ya citada STC 105]1990. FJ 8º

Como subrayan Manzanares y Cremades “La Constitución y la ley protegen al individuo de la alteración pública de su personalidad, pero no del deshonor que nazca de su conducta. Al fin y al cabo, la difusión de un mensaje verdadero sólo puede llegar a descubrir el deshonor, pero nunca a ser su última causa” (75)

Asimismo la STC 50]1983 de 14 de junio dice que el derecho al honor no puede ser obstáculo para que “a través de expedientes administrativos o procesos

judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud. El daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos sino en la propia conducta”

Cosa diferente es la divulgación de hechos no ciertos en que consiste la difamación. Resulta elocuente en este punto el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia nº19 de Madrid, en relación a una información publicada en la revista *Interviú*: “los aviones sabuesos” en la que se distingue claramente entre difamación y desmerecimiento en la consideración ajena, pues “así como este último (caso) parece referirse a la divulgación no querida por el ofendido de extremos que, ciertos o no, perjudican su opinión o estima social, la difamación implica, sin duda, la atribución a los ofendidos de conductas reprobables no verdaderas, por lo que para la estimación de este supuesto legal es preciso entrar en la determinación de la verdad o no que la comunicación ha expuesto, pues por la graduación lógica que impone la diferenciación a que me acabo de referir, si ha habido difamación no sería necesario entrar en la deliberación de si ha habido desmerecimiento en la consideración social, pues esto último es característica de aquello”. (Juzgado de Primera Instancia nº19 de Madrid.Sentencia del 26 de enero de 1985)

2.4.3.- El difícil resarcimiento

Uno de los aspectos más duros de los daños que puede producir una mala información es el de remediar la ofensa. Resarcir el honor lesionado por la difusión de una noticia es difícil aunque de hecho la persona comience una nueva andadura y rompa con su propio y oscuro pasado. este es otro problema ya que como ha dicho L. Manzanares y J. Cremades “el hombre puede cambiar sus hábitos y hacer que su conducta vuelva a ser acreedora de la confianza y del reconocimiento social que su falta de virtud no había obtenido... Sin embargo el

daño moral que refleja el deshonor, cuya generalización es provocada por la información o difusión de los hechos o hábitos deshonorosos, es prácticamente irresarcible” (76)

Esto se advierte con mayor intensidad cuando la información difundida en un medio de comunicación, versa sobre algún aspecto de la fama o la honra, especialmente vulnerable en un momento determinado. En este sentido en la actualidad uno de los terrenos más frágiles del desprestigio de la honorabilidad es el aspecto laboral. El trabajo se ha convertido para el hombre y la mujer moderna en un lugar de realización por excelencia. “La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio y de la familia, pues de él depende no ya el empleo o el paro sino el estancamiento o el ascenso profesional con las consecuencias económicas que le son inherentes. Esto nos lleva de la mano a la conclusión de que el prestigio en ese ámbito, especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aún que en el técnico, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor” (77)

Pero lo difícil será delimitar cuándo puede considerarse que una expresión que difunda un medio de comunicación ataca el honor de la persona a la que está referida: “Cualquier crítica a la pericia profesional no puede ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal. Hay aspectos de la actividad profesional que son ajenos a tal derecho aun cuando tampoco esa posibilidad pueda llevar a negar rotundamente que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace la divulgación, la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como personas” (STC 223]1992) (78)

Se plantea aquí en repetido conflicto entre el derecho a la información y sus excepciones, entre el derecho al honor y a la libertad de expresión e información,

tema que ha dado y sigue dando mucha literatura jurídica. Pues si importante resulta el injusto desmerecimiento de la consideración ajena, no lo es menos la necesidad de dar a conocer ciertos aspectos que incumben a otros para que puedan saber a qué atenerse.

2.4.4.- Honor - información. En caso de conflicto

Comenzamos subrayando una importante afirmación del TC: “El derecho al honor (...) es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 CE que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser encarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, lo cual impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la CE no reconoce ni admite el derecho al insulto” (STC 85/92)

Entre las múltiples consideraciones hechas respecto al conflicto entre derecho al honor y derecho a la información, Escobar de la Serna señala que la valoración del TC “debe estar presidida por dos pautas o parámetros esenciales, referidas una a la clase de libertad ejercitada -de expresión o de información- y la otra a la condición pública o privada de las personas afectadas por su ejercicio.” (79)

Así lo ha reiterado el mismo Tribunal: “Hemos destacado que la protección constitucional de la libertad de información se reduce si esta no “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” (STC

165/1987), por lo que, en correspondencia se debilitaría en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público (80)

Para Carreras Serra la doctrina civil sobre la concurrencia de derechos en el ejercicio de la libertad de expresión o de información es también aplicable al campo penal de forma que “el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión o de información excluye la posibilidad de la comisión del delito. Visto desde el punto de vista constitucional, la libertad de información es preferente por ser un elemento ineludible de la conformación de la opinión pública libre, presupuesto básico del estado democrático de Derecho. Visto desde el punto de vista penal, el ejercicio legítimo de un derecho (libertad de expresión y de información) o de un oficio (periodista) es una circunstancia que exime de la responsabilidad personal (art.20.7 CP)” (81)

El Tribunal Constitucional reitera su postura respecto de este punto. Así expresa que:

“Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia (...) este Tribunal ha declarado reiteradamente (SSTC 159/86, 107/88, 51/89, 20/90, 15/93 y 336/93) que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión e información ha matizado la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión del derecho al honor penalmente sancionable, sino de

determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuricidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución y, más aún, si su finalidad tiende a un mejor funcionamiento de los poderes públicos y a evitar irregularidades o disfunciones cuyo conocimiento pueda impedir conductas lesivas para la sociedad” (82)

Ciertamente, como afirma Rodríguez Pardo, el ejercicio del derecho a la información plantea en no pocas ocasiones grandes dilemas a los profesionales de la comunicación. “Dilemas que no surgen de las responsabilidades jurídicas personales del informador, ni tampoco como fruto del planteamiento del régimen jurídico de los medios, sino que aparecen como consecuencia del contenido del mensaje que se va a difundir. (...) El periodista debe preguntarse a menudo si aquello que va a comunicar debe ser comunicado puesto que no todos los mensajes, aunque guarden apariencia de noticia con interés informativo lo son en realidad. Y muchos de ellos pueden plantear un conflicto entre el derecho a la información y otros derechos constitucionalmente protegidos.” (83)

La cuestión es decidir qué derecho deberá prevalecer cuando, teniendo ambos el mismo rango, se produce una colisión; dicha ponderación corresponde a los tribunales; y su tarea no consiste en negar uno de ellos y considerar el otro como absoluto sino en armonizarlos “ mostrando la importancia de ambos y su valor como derechos humanos, se entienda claramente cuáles son los matices y circunstancias que llevan inexorablemente a la prevalencia de uno sobre otro, que no implica la minusvaloración del derecho que no prevalece”. (84)

Para el TC entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión y de información, prevalece éste último siempre que se den ciertas circunstancias,

como hemos venido viendo, y que se refieren a la veracidad y al interés público de la información, bien por la persona que la produce o por su contenido.

Recordemos que “El Tribunal Constitucional, a la hora de ponderar el derecho a la información frente al del honor, considera los siguientes tres criterios convergentes: el tipo de libertad ejercitada, el interés público existente, y la condición de personaje público, pero añade además, el especial “peso específico” que tiene el derecho a la información en cuanto a la consecución de una verdadera sociedad democrática (85)

“El análisis para sopesar los derechos en tensión ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con tres criterios convergentes, el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido”. (86)

. Información y crítica al poder

La personalidad pública sobre la que versa la noticia -junto al contenido de la misma- es pues determinante por tener más recortado su derecho al honor que las personas privadas. Aquí se asienta la crítica al poder por parte de la prensa.

Desde este planteamiento puede hablarse de preferencia del derecho a la información cuando se lleva a cabo desde un medio de comunicación, una crítica al poder constituido o instituciones públicas.

“El otro factor para detectar la relevancia pública del conjunto tiene como soporte uno de los elementos de la noticia, su protagonista, la persona de quien se habla y sobre quien se escribe, perfilando hasta qué grado haya dado a su propia persona, con carácter habitual y permanente, su proyección pública, que puede venirle dada por la condición intrínseca del puesto que ocupa en la estructura social (...) o puede ser sobrevenida circunstancialmente, por razón de acaecimientos ajenos a su voluntad y, en cierto modo, a la de los demás. Unos y otros (...) han de aceptar como contrapartida las opiniones adversas y las revelaciones de circunstancias de

su profesión e incluso personales. Esto es predicable con toda su intensidad en el caso de quienes ocupan cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirvan, como consecuencia de la función que cumplen la libertad de expresión y de información, en un sistema democrático.”(87)

“Es precisamente en este plano del irregular funcionamiento de las instituciones públicas en el que se producen las declaraciones a la prensa del recurrente, quien, como Concejal de la oposición, hizo hincapié en lo desfavorable del contrato para el Ayuntamiento, insinuando beneficios correlativos para los querellantes (...)El interés público de las noticias difundidas es patente (...) No puede olvidarse que nos encontramos en el seno de una controversia política, en la que el portavoz de uno de los grupos de la oposición ejerce legítimamente su derecho de crítica respecto a las actuaciones del grupo político en el poder municipal. Los hechos ostentan un indudable interés público en el ámbito en que se denunciaron. No se trataba de cuestiones personales sino que dentro de la función fiscalizadora que corresponde a la oposición, se hicieron determinadas imputaciones de hechos en las tareas de gobierno, como crítica de la gestión de los asuntos municipales en una concreta actuación administrativa. En tales casos deben primar las libertades de información y de expresión frente a otros bienes jurídicamente protegidos”. (88)

Siempre será de suma importancia la distinción entre la clase de libertad ejercitada, esto es, si se trata de libertad de expresión o libertad de información.

En este punto resulta de suma clarificación la distinción que hace el profesor Desantes entre mensajes de ideas, de opiniones y de hechos y, sobre todo en este caso, la distinción entre los dos últimos mensajes “Hechos y juicios en una dimensión, cruzados por la dignidad y la fama por otra, vienen a constituir las líneas en las que hay que situar cada problema en que aparezca el derecho a la información y el derecho al honor, no como derechos enfrentados sino coordinados o coordinables por el jurista o por el informador” (89)

A estos efectos, dice el citado autor que "Hay que dar todo tipo de facilidades a la *exceptio veritatis*, extendiéndola a todos los casos de comunicación fáctica, estén o no considerados calumnia por el Código Penal." (90)

Así pues, en caso de conflicto, la veracidad, según el tipo de libertad ejercitada, el interés de la información, su trascendencia pública, la cualidad de la persona que la produce y la ausencia de elementos superfluos o innecesarios en la información son los parámetros que imperan en el TC para ponderar el derecho a la información frente al derecho al honor.

. A modo de balance

A modo de balance, la postura del Tribunal Constitucional en los últimos años respecto de este aspecto también ha sido discutida por parte de los autores, así que el balance de la jurisprudencia del alto tribunal en esta etapa arroja significados diferentes y matizables.

Jiménez Blanco afirma que "el Tribunal Constitucional no ha seguido una postura unitaria, habiendo evolucionado desde posiciones en que hacía preponderar el honor, la intimidad y la propia imagen a la libertad de expresión e información, hasta las más recientes en las que estas libertades gozan de carácter prevalente" (91)

Para Desantes Guanter, "El TC ha acertado a dar solución justa a unas determinadas situaciones que se le han planteado (...) pero el autor critica la literalidad con que el Tribunal ha interpretado el art. 20CE sin salir del ámbito estrecho del art.20; de otra parte, dice, el TC tampoco " ha sabido evaluar que los derechos humanos no pueden conocer límites externos ni, mucho menos, oposición entre ellos."(92)

Por su parte Ortega Gutiérrez, subraya el carácter dinámico que la jurisprudencia del tribunal Constitucional español ha seguido en la resolución de los conflictos entre el derecho a la información y el derecho al honor

“Con sus defectos e imprecisiones -incluso ciertas incoherencias- creemos que la evolución experimentada por la jurisprudencia de nuestro TC se ajusta a unos criterios racionales que tratan de armonizar, con bastante éxito, realidades complejas y delicadas, como son las que rodean el derecho al honor y el derecho a la información. Nuestro modesto balance sobre la misma, por tanto, es netamente positivo. (...) Es justo reconocer que en materia de derechos fundamentales la doctrina es más deudora de las aportaciones del TC que viceversa. Si en otros países de nuestro entorno la balanza está más equilibrada, hemos de indicar que en España se decanta claramente a favor del Tribunal. Bien es verdad que también se puede criticar al TC ciertas confusiones que reflejan algún desconocimiento de la evolución doctrinal de los derechos fundamentales.” (93)

A nuestro entender si bien la jurisprudencia del TC ha supuesto verdaderos avances a la hora de ponderar el valor del derecho a la información frente a otros derechos humanos, su criterio no siempre ha resultado unitario en cuanto al tratamiento de asuntos informativos, observándose fluctuaciones importantes a la hora de resolver casos análogos. Un ejemplo se encuentra en las afirmaciones que dicho Tribunal ha hecho -algunas de las cuales hemos visto - sobre el tema de la veracidad de la información, ingrediente necesario para que ésta prime sobre el honor y la intimidad, como el mismo Tribunal establece en múltiples sentencias. Da la impresión de que falta a estos niveles, como falta al legislador, un mayor conocimiento del tema informativo. De otra parte, efectivamente, como antes se ha dicho, ningún derecho humano puede limitarse extrínsecamente, por lo tanto no se debería hablar, como lo hace el TC y la misma CE, de “límites” del derecho a la información.

2.5.- Desaparece el *animus injuriandi*.

En la nueva regulación ha desaparecido el *animus injuriandi*. Con el nuevo Código Penal se ha suprimido la necesidad de un especial ánimo de lesionar al honor en el delito de injurias. El tema se presta, no obstante a debate por parte de la doctrina. (94)

Se plantea el problema, dice Elvira López, de si la persona que ataca el honor de otra precisa tener el elemento intencional en sentido amplio, es decir, el “querer lesionar” el honor de otro (...) Desde el punto de vista penal, el *animus injuriandi* es un elemento subjetivo de los delitos de injurias, de tal forma, que si no existe este animo, aunque se produzca formalmente la injuria no hay delito. Es decir, la ausencia del *animus injuriandi* hace desaparecer la acción injuriosa o, mejor dicho, esta no llega a nacer. Hay una presunción *iuris tantum* de la intención en las injurias.” Esta postura subjetivista “supone que la realización de una conducta injuriosa sin ánimo de injuriar o difamar excluye la realización del tipo penal.” (95)

La autora considera excesivo aplicar el criterio de la intencionalidad para la distinción de lo jurídico y lo antijurídico. Expone una serie de razones en pro y en contra del elemento intencional, citando entre las primeras una interpretación maximalista del art. 208, el que parte de la doctrina penalista configure estos delitos como intencionales, la exigencia en el derecho comparado de la mala intención para la trascendencia penal y la conveniencia de utilizar la vía civil en estos supuestos. En contra figuran la interpretación minimalista del art. 208, la concurrencia de otros ánimos en el sujeto activo, entre otras.

La mayoría de los autores, y la jurisprudencia, entiende sin embargo la desaparición de la exigencia del *animus injuriandi* en el delito de injurias.

“En la definición de la injuria no se hace referencia al *animus injuriandi*, ni a la finalidad de la acción, solamente al resultado final: la lesión de la dignidad”. No es necesaria la concurrencia de otro ánimo específico”. (96)

“ La nueva definición legal de injuria excluye toda referencia subjetivista y hace desaparecer la base legal que sustentaba la teoría del *animus injuriandi*, concebido como un elemento subjetivo del injusto. La modificación es digna de aplauso y enlaza con la más reciente doctrina que cada vez con más insistencia venía entendiendo que el *ánimus injuriandi* debía identificarse con el dolo genérico, sin que existiera base legal ni lógica para exigir un plus respecto de ese dolo.” (97) Lo cual no tiene por qué significar una ampliación del delito de injurias.

En el nuevo Código tampoco se contemplan las injurias por imprudencia.

La doctrina del TC ha sufrido una evolución a respecto a la necesidad de *ánimus injuriandi* en los delitos de calumnia -como se ha consignado ya, -y de injuria. Otro tanto ha ocurrido en el Tribunal Supremo. (STS de 7 de oc. 1993); y referida a la calumnia STS 12 de julio de 1991.

Por otra parte, también aquí puede el autor poseer otros ánimos, como en el caso de la calumnia, " que excluyen la intención dolosa: *animus iocandi, criticandi, narrandi, defendendi, corrigendi, consulendi, retorquendi* e incluso *imprecandi*".(98)

En el caso de la difusión de noticias, subraya Carreras la intencionalidad informativa, “Acciones que podrían considerarse injuriosas, pero que tienen una intencionalidad meramente informativa o de crítica constructiva (*animus narrandi* o *animus criticandi*) o en un contexto humorístico o festivo (*animus jocandi*) no constituyen delito.”(99)

Además, estamos con Vega Ruiz, en que “ciertamente es difícil entender un ánimo especial en el periodista que escribe sobre hechos de una persona a la que no conoce personalmente, aunque resulten injuriosos” (100)

Granado Pérez dice que “a otros ánimos se ha referido numerosas sentencias, como exponente la del 1 de diciembre de 1989, en la que se declara que *el animus injuriandi* consiste en el propósito de deshonar, desacreditar o menospreciar al sujeto pasivo y que tal ánimo puede diluirse mediante la superposición de otros *animi*, como lo son el *iocandi*, el *criticandi*, el *narrandi*, el *corrigiendi*, el *consulendi*, el *defendendi* o el *retorquendi* (vid S 14 de marzo de 1988), y que cuando se trata de injurias o calumnias vertidas por medio de la prensa, es preciso atenerse al “texto periodístico en su totalidad” (vid S 27 de abril de 1989); y defenderse, en último término el principio imperativo “*in dubio pro reo*” (vid S 3 de mayo de 1986); por cuanto el interés del Estado en que tales derechos se ejerciten efectivamente y contribuyan a formar la opinión pública provoca la exclusión de la tipicidad de las imputaciones objetivamente falsas, siempre que resulten subjetiva y fundadamente verdaderas” (101)

Cierta suerte de ánimo puede resultar inoportuna al TC, en determinados supuestos:

“El hecho allí relatado o denunciado, según se mire, era noticioso o noticiable en ese nivel y su veracidad, como antes se anticipó, no ha sido puesta en duda por nadie(...) Sin embargo, añade el Tribunal, que “El tono irónico o de burla, que es admisible para la crítica de los personajes públicos responsables del desaguisado, a ninguno de los cuales se menciona ni siquiera perifráscicamente, resulta inoportuno, inadecuado y recusable cuando arbitraria y cruelmente tiene como objeto a las víctimas, sin venir a cuento ni utilidad funcional alguna” (102)

“...Se desgajan una serie de cuestiones que pertenecen al plano de la legalidad sin dimensión constitucional. La principal (...) la concurrencia o no del “*animus injuriandi*” o de su antídoto el “*animus iocandi*”, que son columna vertebral de la argumentación desarrollada en la demanda (...) En la misma

sentencia se habla del “carácter jocoso, desde la sátira al humor, con todas sus gradaciones o matices”. (103)

“Sin que quepa entender vulnerada la presunción art.24, 2 CE por el hecho de que los tribunales razonadamente, entendieran que no se daban las condiciones para la existencia del *animus retorquendi*”. (104)

Es decir, como en el caso de la calumnia, ha desaparecido la necesidad del *animus injuriandi*. Se ha operado en la jurisprudencia (TC y TS) y en la doctrina una evolución hacia la insuficiencia de este elemento, y se considera en uno y otro delito la posibilidad de concurrencia de otros ánimos o móviles de actuación. (Remitimos a lo dicho sobre el *animus injuriandi* referido a la calumnia)

2.6.- La información que justifica. El legítimo ejercicio del derecho a la información.

El art.20.7 establece que está exento de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Esto lleva a plantear lo siguiente: En caso de calumnias o injurias a través de un medio de difusión, si el periodista ha obrado en el ejercicio legítimo de un derecho, podría deducirse que no ha lugar al delito puesto que dicho ejercicio es causa de justificación de la conducta típica. Lo definitivo será la jurisprudencia del TC.

El legítimo ejercicio del derecho a la información es por tanto una causa de justificación de la conducta típica.

Es interesante traer aquí la definición y el concepto que el TC reitera del profesional de la información. El Alto Tribunal afirma que el derecho a la información lo tiene todo ciudadano pero de una especial, el sujeto cualificado de la información, esto es, el periodista: “Los titulares de este derecho subjetivo (...) somos todos los ciudadanos (...) Ahora manera bien, existen algunos cualificados

como son en principio los periodistas que prestan un trabajo habitual y retribuido, profesional por tanto, en los medios de comunicación, (...)En tal sentido ha dicho este tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión alcanza su máximo nivel cuando... es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción”(105)

“Este tribunal ha excluido el carácter ilegítimo de la divulgación de hechos concernientes a una persona que pudiera hacerla desmerecer en la opinión ajena cuando ello pueda entenderse ejercicio legítimo del derecho a difundir información, lo que exige la necesaria concurrencia en la noticia de unos requisitos esenciales. (106)

Sin embargo, en el Código “no hay diferenciación penalógica de índole profesional, (referida la funcionario, al facultativo, al periodista, etc...) de hecho, la agravante del art. 213 no implica la cualidad del profesional de la información” (107)

Se echa de menos esa alusión al periodista profesional, aen el ejercicio de su profesión, aquí y en otros lugares del Código, que pudiera otorgarle un tratamiento más favorable dada su circunstancia . Tal ocurre también el lo referido al secreto profesional, como veremos en el art. 199 CP, en el que no se hace ninguna referencia al secreto del periodista que es esencialmente distinto a otros secretos profesionales.

Abundando en el tema, y subrayando la evolución producida en la interpretación de la injuria y la calumnia, advierte Vega Ruiz que “Ahora es mayoritaria la teoría que conlleva el problema de la eximente del art. 8.11 del viejo CP, es decir, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, lo que en el Código Penal de 1995 se traduce en el art. 20.7

Para determinar si un reportaje periodístico (...) o supuestos similares merecen o no reproche penal no se tratará de indagar en el ánimo del agente, sino con carácter previo constatar si esa información o esas expresiones encuentran adecuado cobijo

en el art.20 de la Constitución. Si la respuesta es afirmativa no debe existir delito por no ser la conducta enjuiciada al concurrir causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho constitucional) ; en caso contrario habrá vulneración del Código Penal, podía ser incluso con independencia de la intención del sujeto activo” (108)

Bacigalupo opina que esta es una problemática de trascendencia, pues “mientras el derecho penal protege el honor mediante el delito de injurias (art.208 CP), el art. 20.7 CP declara no punible al que realizare el supuesto de hecho en una prohibición penal amparado por el ejercicio de un derecho. Este derecho, en el caso del delito de injuria podría ser sobre todo, el derecho a la libertad de expresión e información” (109).

Pero, en realidad, como bien afirma Desantes, “No es la voluntad de lesionar el honor sino la voluntad de ejercitar un derecho (...)Lo que se viene a hacer es sustituir el “animus” que lesiona el honor por el “animus” que persigue el ejercicio de un derecho. Y tan difícil es determinar la existencia de uno como la del otro. Una vez más el criterio ofrecido no hace más que aplazar la solución del problema al momento de la solución de cada sentencia” (110)

Lo decisivo será pues, el alcance que adquiriera, en el caso concreto, el derecho a la libertad de información.

Y para el TC -como se ha dicho ya referido a la calumnia- el reconocimiento de la libertad de información convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus injuriandi*. (111)

La evolución de la jurisprudencia se ha operado en favor de la libertad de información. Además, “La jurisprudencia distingue las expresiones o manifestaciones escritas de las puramente verbales, por cuanto las primeras son fruto de una mayor deliberación que las segundas y por ello entrañan un animus más definido.” (112)

Es precisamente en el campo de la actividad periodística, y sobre todo en la prensa escrita, donde se plantean habitualmente estos conflictos. Una vez más se aprecia la alusión a los medios de comunicación aun sin nombrarlos expresamente.

“El núcleo de la cuestión radica en determinar el ánimo que guía al sujeto o sujetos que profieren las expresiones o ejecutan los hechos, elemento subjetivo que debe deducirse de los factores externos y circunstanciales de cada supuesto. Este ánimo constituye el nervio o elemento esencial del delito de injurias, entendiéndose generalmente que las palabras, expresiones o gestos, con significado objetivamente injurioso, quedan despenalizadas cuando se deduzca que el querellado no procedió con ánimo de menospreciar o desacreditar, sino de ejercitar un derecho, ejecutar una crítica o denunciar unos determinados hechos en un contexto concreto”. (113)

El art 20.7 deja sin resolver, para Bacigalupo, cuáles sean " las condiciones respecto de la legitimidad de cada derecho ejercido en el caso concreto. Estas dependen en general de las características propias del derecho ejercido (derechos de libertad de expresión e información). " (114)

Siempre la preponderancia de la información se basa en que ésta sea de interés general y cederá dicha libertad frente al derecho al honor cuando se trate de acciones privadas que carezcan de interés público o social. Lo que ocurre es que no siempre resultarán fácil estas determinaciones.

Bacigalupo afirma, sin embargo, que el ánimo de ejercer el derecho a la información o a la crítica nunca podrá excluir la tipicidad: “El “ánimo de injuriar” no podrá consistir sino en “querer injuriar”, es decir, en “querer lesionar el honor de otro”. Pero como es evidente, todo el que sabe que sus manifestaciones serán lesivas al honor, y quiere hacerlas, habrá querido lesionar el honor de otro. Consecuentemente, el ánimo de injuriar y el dolo se superpone de una manera total y completa. (...) trasladar los problemas de la justificación a la cuestión del

animus es, en realidad, desplazarla al dolo (...) la problemática de la justificación no se puede disolver en la comprobación en el tipo subjetivo de un *animus defendendi o criticandi*, porque estos elementos subjetivos no se contraponen al dolo de la injuria; pues no excluyen el conocimiento del carácter lesivo del honor de las expresiones vertidas ni la voluntad de realizarlas. (...)

Luego el llamado “ànimo de ejercer el derecho a la información o a la crítica” nunca podrá excluir la tipicidad, sino, en su caso, sugerir la existencia de un error de prohibición” (115)

Lo importante es resaltar que la conducta informativa no será antijurídica cuando pueda ampararse en las libertades de expresión e información consagradas en el art. 20.1 CE

En esos supuestos estamos ante la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho contemplada en el art.20.7 CP. Si bien para aplicar esa causa de exclusión es preciso que el ejercicio de esas libertades se haya ajustado a los límites exigibles constitucionalmente, límites que han sido precisados por el TC: " Esa jurisprudencia establece que el ejercicio de las libertades de expresión e información tendrán respaldo constitucional cuando superen un triple test: el test de la veracidad, el test de la relevancia y el test de la proporcionalidad. Si falta alguna de estas características no será aplicable la eximente aludida. Por contra, si las manifestaciones se cumplen esos requisitos la conducta no será antijurídica y, por tanto, carecerá de relevancia penal".(116)

Lo que nos resulta más extraño es que el Código Penal no distinga, a la hora de establecer la penalización, el caso de los profesionales de la información de una manera explícita. También echamos de menos en el Código una alusión concreta al “interés público”, que es en realidad lo que puede convertir en “lícito” un acto informativo, en principio, “ilícito”.

2. 7.- La Publicidad

Art 209 :

*“Las injurias graves **hechas con publicidad** se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses”.*

Según el CP derogado

Art.459. *“Las injurias graves, hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con la pena de arresto mayor o destierro, y en todo caso con multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.*

No concurriendo aquellas circunstancias se castigarán con las penas de destierro y multa de 100.000 a 5.00.000 pesetas”.

Art. 460: *“Las injurias leves serán castigadas con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas cuando fueran hechas por escrito y con publicidad.*

Ambos códigos consideran el elemento de la publicidad como circunstancia agravante.

El NCP distingue dentro de las injurias graves, que son las únicas constitutivas de delito, aquellas que se propaguen con publicidad, a efectos de establecer la penalidad, de manera idéntica a la examinada en el caso de la calumnia. Del mismo modo, a la hora de establecer cuándo se entenderán hechas con publicidad (art.211), el Código otorga el mismo tratamiento en el caso de la injuria y en el de la calumnia:

art.211: *“La calumnia y la injuria se reputarán **hechas con publicidad** cuando se **propaguen** por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”.*

A este tenor, el Código derogado decía:

art. 463: *“La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propaguen por medio de papeles impresos, litografías o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas. Se equipararán a las del párrafo anterior la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos.”*

En cuanto a la terminología utilizada en estos preceptos, remitimos a lo comentado en la publicidad relativa a la calumnia (art.206CP.) . Hay aquí también la misma confusión terminológica respecto a los términos publicidad, propagación y difusión.

Considerar y ponderar la importancia de la difusión es clave en esos delitos cometidos a través de los medios de comunicación, para determinar el momento en el que se pueden y deben exigir responsabilidades. Da la impresión, sin embargo, de que estos términos están utilizados en el CP de manera más superficial, y desde luego, necesitada de una precisión más rigurosa en el texto.

Supuesto todo el cuestionamiento terminológico anterior, la publicidad a la que se refiere el art. 209 procede aplicarla a la conducta que lleve al conocimiento de un número suficiente de personas, incluso aunque el conocimiento fuera debido a causas ajenas a la voluntad del agente.

En realidad, para que exista publicidad basta con que la persona que la produce “sea consciente de la repercusión pública que la imputación y agravios puedan llegar a tener, en el caso de que fueran difundidos (...) Hay publicidad en el sentido objetivo y comprobable externamente, que se cumple simplemente con la concurrencia, en el sujeto activo, del dolo eventual de la posibilidad de la

publicidad. No existe publicidad nada más que cuando se prueba que en el dolo del injuriante se excluía, de forma expresa y directa, la difusión de la injuria.
“(117)

“Debe entenderse aquí la agravación específica contenida en la Ley Electoral (art.148) para las injurias cometida durante y con motivo de la campaña electoral”
(118)

Si una injuria no se hiciera pública, no por eso podría dejar de ser delito, pues incluso de una carta injuriosa puede ser perseguible criminalmente, aunque no sea conocida más que por dos personas. Una de las vertientes del honor, como ya se ha expresado, es la fama, o aspecto externo, pero el otro consiste en la dignidad, la autoestima o dimensión interna. El atentado “contra la propia estimación” (art.208) es un concepto que se puede dar con la concurrencia de tan solo dos personas”. (119) Pero no cabe duda de que la gravedad de la ofensa aumenta con el conocimiento de los demás, y por tanto también aumenta la responsabilidad y la penalidad que la ley establece.

En todo lo referido la publicidad y periodismo profesional sirva lo expresado en el apartado anterior dedicado a la calumnia.

2.8.- La comprobación de la verdad. La *exceptio veritatis*. Art. 210.

Art.210: “El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o infracciones administrativas”.

El CP derogado decía:

Art.461: “ Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad

de las imputaciones sino cuando éstas fueran dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, o cuando tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del número primero del art. 458.

En estos casos será absuelto el acusado si probara la verdad de las imputaciones."

El citado art. 458,1º consideraba como injuria grave "la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio"

El nuevo CP no distingue a los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio, ni tampoco nombra los perseguibles a instancia de parte. El art. 208 señala que sólo serán constitutivas de delito las injurias que, *por su naturaleza, efecto o circunstancias, sean tenidas en concepto público por graves..* Las injurias consistentes en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo *con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.* El art.210 sólo exime de responsabilidad al acusado de injuria que pruebe la verdad de sus imputaciones cuando éstas se dirijan *contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.*

Este extraño precepto ha sido objeto de críticas desde diferentes puntos de vista. El nuestro, en primer lugar y desde el planteamiento que se ha hecho ya, sostiene que en la injuria no debería operar la *exceptio veritatis* puesto que no recae sobre hechos sino sobre opiniones y juicios. Y porque ataca a la dignidad *siempre.* En esto coincide también Elvira López. "La verdad por sí misma no puede eximir la pena en cuanto la falsedad de la imputación no forma parte del tipo penal de la injuria" (120); la falsedad sí forma parte de la difamación, delito que obvia el nuevo Código. Ahí radican muchas de estas ambigüedades, pues, como ha subrayado Desantes, no se ha establecido como se debería entre los delitos contra

el honor “ese *tertium genus* al que claramente se le debe reconocer la *exceptio veritatis* a semejanza de la calumnia. Lo que lleva al legislador, que no puede prescindir del todo de la realidad, a establecer unas normas complicadas para reconocerla dentro de la injuria, en el discriminatorio artículo 210” (121)

La excepción de la verdad quiere decir que si se demuestra que la imputación es cierta, no es ilícita, no hay delito. “Esto supone, dice Elvira López, que se puede evitar la calificación ilegítima en el honor si se exponen hechos verdaderos, no así si se emplean expresiones ofensivas, ni se emiten juicios de valor ofensivos no necesarios, ni justificables bajo ningún concepto”(122)

Vuelve a producirse aquí esa inoportunidad de mezclar hechos y opiniones y dar igual tratamiento a los mensajes fácticos y a los de juicios o valoraciones.

A este tenor es significativa la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolutoria del "Caso Lingens" (STEDH de 8 de julio de 1986) (123) por la que dicho tribunal condena al estado austriaco a indemnizar al periodista Lingens tras haber sido condenado por el tribunal regional de Viena por delito de difamación por la publicación de dos artículos considerados injuriosos: *Der Fall Peter* (“El caso Peter”) del 14 de octubre de 1975 y *Versöhnung mit den Nazis, aber wie?* (“Reconciliación con los nazis, pero ¿cómo?”) de 21 de octubre del mismo año. Lingens calificaba de “indigno e inmoral” al Canciller austriaco por su trato amistoso con antiguos nazis. El tribunal regional de Viena declaró al periodista culpable de difamación, por utilizar expresiones como “el oportunismo más detestable, inmoral y desprovisto de dignidad”, entre otras. El caso pasó a segunda instancia del mismo tribunal regional y al tribunal de apelación de Viena, que rebajó la indemnización pero confirmó las decisiones condenatorias anteriores.

La cuestión que se planteaba era si podía Lingens demostrar la veracidad de sus afirmaciones sobre el Canciller. A este respecto el TEDH expresó que “se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad

de los primeros debe probarse, los segundos no son susceptibles de prueba. La *exceptio veritatis* no puede cumplirse en los juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente, parte fundamental del derecho garantizado por el art. 10 de la Convención”.

En el mismo punto de vista se ha situado nuestro TC en reiteradas ocasiones, como hemos visto ya, así como el TS

Llamar a un concejal “cínico y oportunista” -según la STS de 5 de mayo de 1988- no puede exigir la prueba de la verdad porque es de muy difícil probanza que una persona es de esa condición. Por lo tanto, concluye el Tribunal, la *exceptio veritatis* no opera en la injuria sino en las calumnias.

No obstante, nuestro Código Penal regula la *exceptio veritatis* de una manera restringida a tres supuestos: calumnia (art. 207), injuria contra funcionarios en el ejercicio de sus cargos (art.210) e injurias dirigidas contra las Instituciones del Estado (arts.496, 504 y 505). En otros casos, el CP no admite la prueba de la verdad al acusado de injurias.

Esta restricción de la prueba de la verdad que establece el art.210 ha sido criticada desde varios ángulos.

Para Fernández Palma, “el texto vigente se ocupa certeramente de sembrar la duda sobre el alcance y la relevancia penal de las imputaciones veraces. Pues, si bien se afirma (...) que sólo conociendo la falsedad o despreciando temerariamente la verdad de la injuria alcanzará el nivel de gravedad necesario para su consideración como delito, inmediatamente después parece interdictarse la viabilidad de su verificación procesal”. (124)

En opinión de Del Moral, el art.210 sobra. Basándose en que la veracidad de la imputación excluye el carácter delictivo si se trata de hechos de relevancia pública, afirma que “ tratándose de imputaciones a funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus funciones, es obvio que estará cumplido el requisito de la relevancia pública de la información y sencillamente habrá que

aplicar el resto de los parámetros constitucionales para dilucidar si se trata de un uso legítimo de la libertad de información".(125)

De otra parte, la inclusión del precepto puede provocar algunas dudas, como si el art. 210 supone una inversión de la carga de la prueba de la verdad, y lo que es más, si podría haber responsabilidad penal, aunque exista veracidad subjetiva, algo que no casa con los principios constitucionales expuestos ya en páginas anteriores.

Para Escobar de la Serna, la inclusión del art. 210, referida solamente al caso de los funcionarios, "ha sido muy criticada, pues la protección penal de este derecho debe extenderse como garantía a todas las personas, sin atender a sus circunstancias personales o a su cargo u ocupación." (126)

Ciertamente los que sirven a la cosa pública están más expuestos al ejercicio de la crítica por parte de los ciudadanos. "En este caso, como dicen Cardenal Serrano y Serrano de Murillo, es el Estado el que tiene interés en clarificar la participación de su funcionario en los hechos. Se afirma que cuando las imputaciones afectan al funcionamiento de la cosa pública el Estado tiene interés especial en que sean desmentidas "De tal modo que la posible lesión del bien jurídico honor del funcionario que la imputación pudiera conllevar, con independencia de su falsedad o veracidad, cede en el ámbito de la antijuricidad ante el interés preponderante del Estado en desvelar cualquier tipo de anomalía referente al funcionamiento de la Administración Pública" (127)

No hay acuerdo entre los autores en cuanto a admitir la *exceptio veritatis* en caso de injurias a funcionarios públicos cuando a esta condición se superpone la de autoridad, ya que la imputación deriva de injuria a desacato. "Ya no se trataría de una simple ofensa al honor, bien jurídico personal, sino del ataque al principio de autoridad, bien jurídico comunitario"(128)

En nuestro criterio, el precepto resulta confuso, cuando menos. Si la injuria dirigida a particulares no admite la *exceptio veritatis*, puede parecer a primera vista que sólo en las imputaciones a aquellos, la verdad o no, es irrelevante. Cosa poco lógica. Se aprecia una contradicción con el art. 208, párrafo tres, cuando se refiere al “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

No se deduce de este artículo que la veracidad de la información no tenga trascendencia penal aunque el ofendido no sea un funcionario público. Además, ¿cómo se puede demostrar que existía la falsedad, que no se conocía si no se puede probar su veracidad? ¿Cómo se puede sancionar el “temerario desprecio hacia una verdad” que el acusado no puede demostrar que lo era? Preguntas estas que están sin resolver en el texto penal.

Es del todo improcedente que las injurias sancionen hechos, hechos verdaderos, en su caso, pues: “Un ataque veraz no es ataque al honor” (129); de ahí se desprende que este tipo de injurias impropias que imputan hechos, puedan ofrecer un margen de protección al “honor aparente”, al incriminar la imputación de hechos verdaderos, siempre que sean objetivamente injuriosos o lesivos al honor, y no se refieran a la actuación de funcionarios públicos, dado el limitado ámbito que le concede en este caso a la *exceptio veritatis*, buscando una tutela indirecta de la intimidad que prevalece artificiosamente sobre la demostración de la verdad de los hechos injuriosos imputados. (130)

Para Bernal Castillo, “La prueba de la verdad no es más que el medio de verificar la presencia en el caso concreto de uno de los requisitos del derecho a la

información, “la veracidad”, de tal forma que si las imputaciones deshonrosas veraces no cumplen el resto de los requisitos que determinan la legitimidad de la información, no quedará justificada la imputación” (131)

Como dice Welzel, “el honor es un aspecto de la dignidad personal que tiene cada persona por el hecho de serlo. Por ello al honor le corresponde la pretensión de no ser disminuido inmerecidamente por debajo de la honra real”. El autor afirma que hay suficientes motivos que permiten “poner en duda el punto de partida del legislador y su concepción del honor” (132)

Ciertamente, puede darse un desequilibrio entre el honor real, y verdadero, y la posibilidad legal de proteger una honradez en el obrar, que no existe más que en apariencia.

También Tasende echa en falta la adopción de un decidido “criterio despenalizador” en la tipificación de este delito que, -excluyendo la tutela penal del “honor aparente”-, a través de la extensión del ámbito aplicativo de la *exceptio veritatis* en las injurias, hubiese permitido la solución de tales conflictos por la vía civil” (133)

El mayor interés público en conocer la verdad de los hechos, cuando se refieren a funcionarios, es una interpretación de esa aplicación limitada de la *exceptio veritatis*.

Tasende Calvo llega a más y considerando la responsabilidad de quien ejerce una función pública afirma que “la *exceptio veritatis* debería aplicarse aun en el caso de que las imputaciones afecten a la intimidad personal o familiar del

ofendido, pero con mayor razón cuando éste es un personaje con importantes responsabilidades públicas y el objeto de la información son actividades o conductas que, aun siendo privadas, precisamente por su carácter infamante pueden repercutir negativamente sobre la función pública presente o futura (alcoholismo...) esta posibilidad queda claramente excluida por el art. 210, al exigir que los hechos imputados, sometidos a la prueba de veracidad, sean “concernientes al ejercicio de sus cargos” (134)

Estamos de acuerdo con este planteamiento en cuanto la opinión pública tiene derecho a conocer algunos aspectos de la vida privada de sus representantes o funcionarios, puesto que estos aspectos son elocuentes de otras dimensiones de su personalidad ética y humana. Ello formaría parte de la transparencia informativa. El mismo TC reconoce un ámbito más restringido de la vida privada de estas personas públicas.

Finalmente hay que subrayar que para ciertas ofensas no hay indemnización posible aunque, ciertamente, esta sea una imponderable solución. Según la LO 1]82 de 5 de mayo “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 del causante de la lesión como consecuencia de la misma” (art.9, 3)

Hablan Manzanares y Cremades del daño y de las indemnizaciones con motivo de las ofensas al honor. Para dichos autores “el uso social de este precepto -se refieren a la LO1]82- ha llegado a establecer en algunos países un auténtico “mercado del honor” (...) muchos demandantes, desnaturalizando el mismo art.18.1CE y el instrumento jurídico arbitrado en la LO 1]82 han llegado a ver en determinadas informaciones afiladas que suponen o rayan la injuria, exclusivamente una fuente de ingresos suculentos. De esta forma se produce una

venta directa del bien jurídico honor, que, en ocasiones, tiene como intermediario” (135)

Estamos con los autores en que este es un mecanismo utilizado en la actualidad con demasiada frecuencia, sobre todo por famosos que han saltado a la luz pública haciendo este doble juego de víctima y benefactor al mismo tiempo. La actualidad está llena de ejemplos de estas “compra-ventas” que degradan la misma profesión periodística, a pesar de que la mayoría de los profesionales no entran en este juego inmoral; también las instancias jurídicas que se ven implicadas suelen sufrir un desprestigio con estas argucias. No advertimos en el CP un tipo de soluciones eficaces.

Así pues, ¿qué se puede y que no se puede difundir? Se podrá, y se deberá difundir, toda noticia verdadera y de relevancia pública, hechos trascendentes para la vida social, la participación pública y el interés general. Así se deduce de la CE y de la doctrina jurisprudencial. Pero se han de dar estas condiciones juntas, y obviar la difusión de “ hechos o expresiones ciertas de una persona, que no deban ser divulgadas si la perjudican, salvo si hubiera necesidad a su público conocimiento” (136), o sea, hechos que resulten superfluos, como ya se ha apuntado antes, doctrina del TC incluida.

También habrá que considerar aquí, unido a la oportunidad de la divulgación, lo referido al momento de difundir la noticia. Hay temas que pueden sufrir variaciones importantes en el “iter” de su desarrollo, por ejemplo, los casos judiciales; aquí es importante lo que se ha llamado “la actualidad de la veracidad” (137)

Asimismo habría que tener en cuenta los daños que puedan producirse por informaciones de hechos ocurridos en el pasado, y que en el presente carecen de trascendencia social y no deberían difundirse si implican un perjuicio o daño.

2.9.-Responsabilidad civil solidaria. Art. 212.

Otra de las novedades del Código Penal actual es el establecimiento de la responsabilidad civil solidaria derivada del delito, que corresponde también a la persona física o jurídica titular del medio de comunicación. Así queda establecido en el art. 212 del CP:

“En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo o a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria” (art. 212)

A estos efectos, *el artículo anterior*, es decir, el art. 211 antes comentado y que recordamos ahora, se refería a cuándo se reputarán hechas con publicidad la calumnia y la injuria: *“cuando se propaguen por medio de la imprenta o por cualquier otro medio de eficacia semejante”*

La responsabilidad civil solidaria, en lugar de subsidiaria, de los propietarios de los medios informativos, a la que se refiere el nuevo Código, no tiene precedente en el anterior. Resulta una excepción si se compara con lo establecido en el art. 120,2º del nuevo texto, que establece el principio general de responsabilidad civil subsidiaria para los no criminalmente responsables: *“Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código”*.

A partir del nuevo Código Penal para los titulares y editores se establece una responsabilidad solidaria en caso de calumnia e injuria cometidas a través de un medio de comunicación. La responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica del medio informativo en los delitos de calumnia e injuria que señala el art. 212 supone el acreedor siempre podrá dirigirse en primer lugar a la empresa

editora, a la hora de reclamar responsabilidades civiles derivadas del delito: multas, etc.

Con este precepto, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los condenados, es decir, “que determinado por sentencia firme el autor del hecho delictivo, no necesariamente va a ser éste a quien se reclame en primer lugar el resarcimiento de las cuantías económicas, sino que las acciones se podrán dirigir contra la empresa editora como deudora solidaria, según lo establecido en el art.212 del CP.” (138)

Para Azurmendi la medida supone “un reforzamiento de las funciones de control y vigilancia del empresario de los medios sobre los contenidos difundidos.”(139)

Por otra parte, en los casos de los delitos de prensa es difícil pensar en una participación real, que vendría a exigir compartir el ánimo . Hay que tener en cuenta que el trabajo periodístico es, la mayor parte de las veces, una tarea colectiva, que se realiza en cadena: el fotógrafo realiza la foto, el periodista recoge la noticia, el redactor jefe la incorpora, el editorialista escribe el editorial... y es posible que otro periódico la tome como fuente de información.

En el caso de la responsabilidad civil es diferente. Como afirma Maciá Gómez, “la responsabilidad civil sí que se prolonga, por imperativo legal, hasta la persona natural o jurídica titular de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier medio de difusión escrita, hablada o visual que publicite la injuria, la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

La determinación singular de la persona queda relativamente centrada con los arts. 120.2 y 212 CP. En el caso de que concurren diferentes personas físicas o

jurídicas, de un mismo o de varios medios periodísticos concurrentes en la difusión de la injuria, siempre lo harán de forma solidaria y será precisamente las personas que se determinen en la sentencia definitiva.” (140)

No obstante, “aun tratándose de responsabilidad civil, también será exigible un elemento culpabilístico por mínimo que sea.” (141) Por ejemplo, en el caso de un programa en directo, entrevista, rueda de prensa, pudieran citarse hechos o expresiones constitutivos de calumnia o injuria; pensamos que para aplicar el precepto de la responsabilidad civil solidaria habría que matizar bastante, como se desprende del mismo TC. (STC 232]1993, 12 jul.)

Para algunos autores, con los que coincidimos, esta medida lleva implícita una intencionalidad, “Tan novedosa disposición persigue una mayor efectividad en el cobro de las indemnizaciones mediante la responsabilidad directa del medio informativo, que normalmente gozará de mayor solvencia que la persona condenada como autora del delito (...) Se traslada así al ámbito penal un principio que ya imperaba en la responsabilidad derivada de las injerencias civiles contra el honor personal (así las SSTs 1 de dic.1987, 11 de oc. 1989, 16 de ene. 1991, 16 de dic. 1994 y 28 sep. 1996, entre otras, reconocen la solidaridad existente entre el autor, el director y el editor del medio que publica la información atentatoria contra el honor) (142)

Así pues la responsabilidad civil subsidiaria del medio por el cual se difunde la ofensa que establece el art. 120,2º CP se convierte en solidaria en el caso de los delitos de calumnia e injuria. Se trata de una disposición que puede acarrear ciertas consecuencias, sobre todo por lo que supone o puede suponer de freno a la libertad de expresión y de información, el hecho de que el CP atribuya a la empresa las cargas derivadas de las responsabilidades civiles contraídas por sus trabajadores. No hay que olvidar que las sanciones económicas pesan gravosamente y es lógico que se intenten evitar.

2.10.- Precio o recompensa en la información. Art. 213.

La inhabilitación especial a la que se refiere el código es otro de los puntos polémicos.

“Si la calumnia o injuria fueren cometidas mediante precio recompensa o promesa, los Tribunales impondrán además de las penas señaladas para los delitos de que se trate la de inhabilitación especial prevista en los ar.42 ó 45 del presente Código, por tiempo de seis meses a dos años.” (art.213)

El precepto, que no tiene antecedente en el antiguo CP, concuerda con el art. 22 CPN donde se afirma como circunstancia agravante “ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa” (art.22,2º)

Merece la pena traer aquí los artículos 42 y 45 antes aludidos.

Art.42:

“ La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva sobre el empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la condena”

Art. 45:

“ La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena”

El problema vuelve a surgir en el caso de los profesionales de los medios de comunicación, ya que ejercen esa profesión de forma remunerada, por lo tanto habrá que precisar bien que el precio o recompensa sea el móvil del hecho delictivo, en este caso producido por la información de un delito de calumnia (STC de 25 de abr. de 1985) “No basta para la agravación - dice Del Moral- que el delito

se haya cometido en el ejercicio de una profesión remunerada como es la profesión de la información, en quien posiblemente estaba pensando el legislador aunque de forma vergonzante evite su mención expresa. Pero a pesar de que posiblemente fuese otra la intención del legislador, la fórmula empleada permite afirmar que ha de tratarse de un precio convenido precisamente para cometer el delito.” (143)

Fuera de este caso, la inhabilitación especial sólo será accesoria en las calumnias publicadas; de otra parte, solamente en este caso de calumnia difundida, el Código sanciona con prisión un ataque al honor.

El Proyecto de 1992, establecía la pena de inhabilitación especial para los profesionales de la información que fueren responsables de cualquier delito contra el honor con carácter reincidente; ahora queda recogida en este art. 213 en el caso de calumnia o injuria en las que medie precio o recompensa. Tasende valora positivamente el hecho de que la agravante, y por tanto, la sanción se basen en el móvil lucrativo “especialmente abyecto o despreciable” (144), y no en la reincidencia, como se apuntaba en el proyecto.

La cuestión de fondo se plantea en la duda razonable que surge sobre intencionalidad del legislador. A todas luces parece estar refiriéndose a los profesionales de la información sin nombrarlos, cosa que se puede observar en varios lugares del texto penal, como ya se ha venido señalando, algo que “encubre todavía un mal disimulado propósito del legislador de que dicha pena recaiga, en la práctica, sobre quienes tienen precisamente el oficio de informar, dada su naturaleza y peculiar relación con la conducta delictiva, y el fin de lucro que rodea la industria periodística.” (145)

Lo lógico será pensar, como se ha señalado ya, que el precio es la remuneración del periodista por su trabajo con lo cual difícilmente daría la tipicidad de esta agravante. Una tesis al menos discutible. Menos normal es que se encargue a alguien -no periodista- la divulgación de la ofensa y se pague por ello. Pero en este caso, quien paga no es el autor de la publicación, por tanto, tampoco

de la injuria. De ahí que todo parece evidenciar que se estaba pensando en los profesionales de la información, pues “la inhabilitación especial vendrá referida a un empleo, cargo, honor, profesión, industria o comercio, cuya esencia venga a consistir en la divulgación pública de informaciones que, fuera del tipo del periodista, es de muy difícil concreción.” (146)

Así afirma Maciá Gómez que “el hecho de que la penalidad se refiera a la inhabilitación especial nos debe hacer pensar que este concreto y extraño tipo venga a ser, en cierto modo, el rastro que ha dejado el legislador de su desistida voluntad de castigar al profesional periodista que calumnia o injuria a cambio de un sueldo. (...)”

Las hipótesis de que alguien contrate a otra persona a cambio de un precio para que menoscabe la fama de un tercero será, francamente, inusual. Es el periodista, el colaborador periodístico, el “tertuliano”, o el analista de un medio de comunicación el que, de forma más lógica, podría incurrir en esa conducta.” (147)

La norma es dura a nuestro juicio, sobradamente. Creemos que la inhabilitación para la profesión u oficio es una fuerte medida siempre, puesto que se trata del medio de vida de una persona para realizarse como ser humano, sin perjuicio de la deshonra pública que supone para un individuo verse privado de ese derecho, de otra parte, hoy, tan valorado. Pero el carácter de pena principal que tiene en el art .213, a diferencia de la anterior, que era sólo accesoria de la privación de libertad, endurece aún más sus consecuencias a la hora de aplicarla a la profesión periodística en relación a un delito cometido.

Nos planteamos la discutible oportunidad de esta sanción, en la medida en que ha de recaer, ante todo, sobre la tarea informadora y constituye por ello un evidente riesgo para la libertad de prensa, cuya singular significación institucional y social ha sido destacada reiteradamente por el TC al afirmar que “el valor preferente de la libertad de expresión sobre el derecho al honor, alcanza su

máximo nivel cuando la misma es ejercida precisamente por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción”(148)

Es decir, en el caso que analizamos, el precio debe influir como causa motriz para la comisión del delito. Y no creemos que sea muy pensable un periodista que, a cambio de un precio, regular o esporádico, injuria a determinada persona; este sería la figura prevista en este artículo. Una vez más, puede observarse la rigidez con la que está tratada la prensa en el nuevo Código.

2.11.- La retractación del periodista Art. 214

“Si el acusado de calumnia e injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior.

El Juez o Tribunal ante quien se produjo el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o la injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador”.

“El Juez impondrá la pena inmediatamente inferior”, es decir no es facultativa la decisión sino obligatoria, y podrá dejar de imponer la de inhabilitación.

Este artículo no tiene precedente en el anterior CP. La novedad introducida precisa dos requisitos: que se reconozca que la imputación es falsa y que el autor se retracte de ello. Para Vega Ruiz “se trata de una novedad que beneficia al infractor

pero en nada va a suponer un beneficio de la víctima. Mucho nos tememos que a pesar de la retractación, el injuriado o calumniado quedará ya definitivamente herido seriamente en su honor” (149)

Sin embargo resulta curioso, que “ la posibilidad de no imponer la pena sólo se refiere a la de inhabilitación, que habrá de afectar, aunque no se los mencione expresamente, a los profesionales del periodismo, ya que en los demás casos únicamente se contempla la imposición de la pena inferior en grado a la establecida.”(150)

Para algunos la medida “recuerda a la aplicada a la autoinculpación en el supuesto de fraude fiscal y que parece querer actuar como elemento de presión para el periodista -y quizá, sobre todo, para el empresario, que la utilizará con el periodista-. La diferencia con aquella medida es que con la injuria y la calumnia la atenuante actúa aún iniciado el proceso” (151)

La retractación se entrega al ofendido que podrá ordenar su publicación, como recoge el CP “Dudoso es, afirma Del Moral, si tales disposiciones pueden llegar a acordarse antes de que llegue la firmeza de la sentencia. Hubiera sido deseable una mayor clarificación. En principio parece más segura la respuesta negativa. En tanto no exista sentencia firme no procederá la orden de la retractación” (152)

En realidad, la retractación es una especie de arrepentimiento espontáneo pero en este caso sometido al arbitrio de la víctima. “Según el tenor literal del art. 214 es el Tribunal el que valora la retractación, pero entrega testimonio al ofendido y, si éste lo solicita, ordena la publicación de la sentencia. (...) La retractación es, en definitiva, un acto que debe ser aprobado objetivamente por el órgano Juzgador y no quedar al arbitrio del ofendido.

Evidentemente, la retractación no condiciona o limita la reparación del daño moral y la correspondiente indemnización, ni tampoco tiene una consecuencia jurídica relacionada con el perdón del ofendido.”(153)

El tribunal Supremo ha relacionado la retractación con el *animus injuriandi*: “...Al publicar el artículo lo hizo en forma totalmente desafortunada y faltando a las más elementales normas de prudencia y de ética profesional, al no haber desplegado la diligencia necesaria para tener el debido conocimiento de lo sucedido realizando, irresponsablemente, imputaciones contra el querellante, que son, como queda dicho, objetivamente constitutivas de delito de calumnia, cuya comisión debería ser estimada, si no se llegase a la convicción de que su intención no fue la de vilipendiar... convicción que viene corroborada por el hecho de que en los días inmediatos a la publicación del artículo en el que se contenían las falsas imputaciones, hubiese publicado otro, en la misma página del mismo periódico (...) dando su versión de los sucedido, o sea, que el procesado, en plazo inmediato procedió realizar la procedente retractación (...) retractación que, sigue diciendo la sentencia, debe valorarse en el caso de enjuiciamiento “ como un dato que, junto con todos los demás a ponderar para tratar de descubrir cual haya sido la verdadera intención, lleva a la convicción de que no fue el ánimo de injuriar lo que movió al procesado a publicar el artículo en cuestión...”(154)

El precepto tiene una cara negativa a todas luces: acudir a la retractación para evitar la pena de inhabilitación. De nuevo el precepto parece dirigido al profesional de la comunicación, a quien no nombra. Pensamos que en estos casos es fácil imaginar al periodista presionado por una sanción tan dura como la inhabilitación, condicionada a que reconozca la inveracidad de lo que ha difundido. Es fácil, pues, que el periodista se retracte para evitar la sanción. Pues, “Trasladando a esta institución la jurisprudencia sobre la atenuante de arrepentimiento espontáneo, puede afirmarse que no será exigible un móvil

desinteresado: habrá retractación también cuando los móviles sean puramente utilitarios como el hacerse acreedor de la atenuación” (ATC 664]1996, 27 sep.)

Por otra parte, al tratarse de un delito de carácter privado en el que opera el perdón del ofendido, será normal que la retractación se haya llevado a cabo en pactos entre el ofensor y el ofendido, anteriores al proceso.

De todas formas, el artículo deja mucho que desear y no creemos que sirva demasiado para proteger la información ni al informador.

2.12.- La querrela y el perdón .Art.215.

1. “Nadie será penada por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal.

Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agentes de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o tribunal que de él conociere o hubiere conocido.

3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en segundo párrafo del número 4 del artículo 130 de este Código”.

En el anterior CP estas disposiciones estaban recogidas en los siguientes artículos:

art 466:

“Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes,

descendientes, cónyuges y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria transcendiere a ellos, y en todo caso al heredero.

art 467:

“ Procederá asimismo la acción de calumnia o injuria cuando se haya hecho por medio de publicaciones en país extranjero.

Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria causadas en juicio sin previa licencia del Juez o tribunal que de él conociere.

Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado (...)

El culpable de injuria o calumnia contra particulares quedará relevado de la pena impuesta mediando el perdón de la parte ofendida (...)”.

“La querrela del ofendido asegura que hay una real voluntad de iniciar, y de publicitar indirectamente, el contenido del proceso penal por injuria.”(155)

Según el nuevo texto legal, cuando el ofendido sea un funcionario público, autoridad o agente de ésta sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus cargos, no es exigible querrela. “Los desacatos, por tanto, se reconducen a los delitos comunes de injurias o calumnias aunque con una aligeración de los requisitos de procedibilidad: basta en estos casos la denuncia para que se inicie el proceso”.

(156)

Para J.Tasende la nueva disposición tiene ventajas sobre la anterior regulación; según este autor, el artículo 215.1 “restablece estos delitos a su esencial y originaria naturaleza privada al exigir, con la única y razonable salvedad de las ofensas dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, la querrela de la parte ofendida o de su representante legal como requisito procesal de perseguibilidad, frente a la posibilidad, hasta ahora vigente, de formular denuncia en los casos previstos (...) relativos a las injurias y calumnias hechas por escrito y con publicidad” (157)

Vega Ruiz considera que existe una contradicción entre el texto penal básico y la legislación especial en defensa del honor. El antiguo artículo 466 del Código derogado, dice, “permitía el ejercicio de la acción de calumnia o injuria, además de a ciertos parientes del agraviado difunto si trascendieran a ellos las imputaciones, a los herederos en todo caso. Actualmente sólo se extiende, según el art. 215.1, fuera del ofendido, a su representante legal.

El ejercicio de la acción civil de protección al honor está permitida a quien la persona fallecida “haya designado a tal efecto en su testamento” y no existiendo tal designación, “el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos” que viviesen al tiempo del fallecimiento del agraviado, e incluso, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal (...)” Concluye el autor llamando a distinguir entre las acciones penales y las civiles, a la hora de determinar su extinción. (158)

También Antonio Del Moral somete a consideración este punto razonando que “La supresión de esa previsión (la legitimación otorgada por el antiguo CP a los ascendientes, descendientes y herederos, si la calumnia transcendía a ellos) da a entender que las ofensas al honor de los fallecidos nunca serán delictivas, sin perjuicio de las acciones civiles que se puedan ejercitar de acuerdo con lo prevista en los arts. 4 a 6 de la LO 1/82 de 5 de mayo. Distinto es, dice, el caso de fallecimiento posterior a la ofensa. Si la acción penal estaba ya ejercitada hay que estar a lo dispuesto en el art. 274 LECr. Si por el contrario, todavía no se había ejercitado y no ha transcurrido el plazo de prescripción es defendible entender que la acción se transmite al heredero”. (159)

Ambos autores se refieren también a la disparidad de criterios existentes entre el actual artículo 215.1 CP y lo dispuesto en la Ley de protección jurisdiccional de Derechos Fundamentales 61/1978 16 dic. que sustituyó la exigencia de querrela por mera denuncia y sin necesidad de acto de conciliación, cuando se tratase de injurias y calumnias realizadas con publicidad, es decir, a través de los medios de comunicación. “Los preceptos de dicha ley, afirma Vega

Ruiz, otorgan el carácter de semipúblicos a la injuria y a la calumnia propagada a través de los medios de difusión mecánicos (basta la denuncia). Hay que estimar que, como consecuencia del tratamiento otorgado por el nuevo CP en esta materia, cabe entender derogado, tácitamente al menos, las disposiciones de la Ley citada (L 62] 1978, arts. 3 y 4) . Estos delitos han de ser considerados delitos privados a todos los efectos” (160)

Opina sin embargo Del Moral que “La supresión del acto de conciliación en estos casos (calumnias e injurias realizadas con publicidad) sigue teniendo toda su virtualidad pues no puede considerarse derogado por el nuevo Código que para nada se refiere a este requisito procesal. Muy dudoso resulta, sin embargo, que el nuevo art.215 suponga una derogación tácita de la especialidad que contiene el citado art. 4 de la L 62]1978, en cuanto a la suficiencia de la simple denuncia para iniciar el procedimiento por estas infracciones cuando se hacen a través de medios mecánicos de comunicación. El hecho de que el NCP no derogue expresamente esa especialidad ha llevado a algunos a considerar que sigue vigente, arguyéndose que el art. 215.1 se limita a reproducir en este particular lo que decía el art. 467 .2º del CP derogado, por lo que es evidente que no había propósito de alterar el régimen preexistente, manteniéndolo en su integridad, es decir, también con las especialidades de la L 62]1978

(...) En el fondo estamos ante un conflicto entre la ley especial anterior y la ley general posterior en el que, aunque no deben darse reglas apriorísticas absolutas, parece más lógico entender que debe prevalecer la especialidad frente al criterio cronológico, al no constar expresamente el criterio derogatorio.” (161)

Por otra parte, el perdón del ofendido es una vía para el acuerdo entre las partes.

El art. 130 CP dice que la responsabilidad criminal se extingue:

4º Por el perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea (etc.)

“El perdón es una facultad que ostenta el ofendido y, en su caso, sus representantes legales, que no merece ni precisa de un acto o momento procesal determinado, bajo la condición de que siempre sea expreso. Hay que entender que el perdón, a diferencia de la retractación actúa no sólo sobre la pena impuesta sino también sobre la acción penal y por ello puede darse en cualquier momento anterior a la sentencia”. (162)

El perdón del ofendido opera como causa de extinción de la responsabilidad, dada la naturaleza privada de estos delitos, y también opera para la calumnia y la injuria hechas con publicidad. El art. 130.4 CP establece un límite de tiempo para el perdón: el comienzo de la ejecución de la sentencia. Un caso especial es el de los menores o discapacitados, que requerirá atenerse a lo dispuesto en el art. 130.4º, párrafo 2, n el que se dispone que la aprobación judicial del perdón que se otorga.

Finalmente, y según el art. 131 del CP, la prescripción de los delitos de calumnia o injuria tiene lugar al año, computados estos plazos desde el día en el que se cometió el delito. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, y comienza a correr de nuevo desde que se paraliza el procedimiento o se termine sin condena.

213.- Reparación del daño. Publicación de la sentencia. Art.216

“En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal considere más adecuado a tal fin, oídas las dos partes”.(art.216)

Tampoco tiene precedente en el antiguo CP, cuyo art. 465 afirma:

“Los directores o editores de los periódicos en que se hubieren propagado las calumnias o injurias insertarán en ellos dentro del término que señalan las leyes o el tribunal en su defecto, la satisfacción o sentencia condenatoria si lo reclama el ofendido”.

La publicación de la sentencia como reparación es una especialidad propia de la profesión periodística, “como medida pública de reparación del daño causado, en el tiempo y forma que el Juez o tribunal considere mas adecuado”. (163) Lo expresa Azurmendi de una manera muy elocuente, a nuestro criterio, cuando dice que se trata de “el uso de la información como pena”(164)

La novedad de este precepto consiste en que la publicación debe hacerse a costa del condenado. De esta forma se evita que tenga que cargar sobre un medio ajeno al delito la inserción de la sentencia con carácter gratuito y obligatorio. Del Moral hace una interpretación de este punto, cuando califica de “desliz “ el hecho de que “el artículo 216 se refiera exclusivamente al “condenado por tales delitos”, con lo que, en una interpretación literal, se estaría excluyendo la obligación del medio condenado como responsable civil a soportar el coste de esa difusión, lo que no es lógico”. (165)

La publicación de la sentencia no parece ser ni una pena ni una consecuencia accesoria del delito. La pregunta sería cómo se puede obligar al medio de información a insertar en sus páginas una sentencia; si puede obligarse, en su caso, a otro medio de comunicación a incluir una información-publicidad, si no está de acuerdo con ello.

2.14.- Personas jurídicas. Injuria entre particulares.

La conducta típica de injuria consiste en una acción o expresión que lesiona la dignidad de otro.

Como se pudo ver en el capítulo anterior, al que remitimos en este punto, se cuestiona si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Depende de si nos referimos a las injurias o a las calumnias; para este segundo supuesto hay que tener en cuenta que la persona jurídica es incapaz de cometer una acción delictiva; para las injurias se admite la posibilidad de que una persona jurídica sí llegue a ser sujeto pasivo de las mismas.

En cuanto a las personas fallecidas, colectividades y grupos, puede aplicarse, de forma general, lo desarrollado respecto de la calumnia, en el anterior epígrafe de este estudio.

Cuando la injuria se comete entre particulares desaparece, como es natural, el requisito del interés público. “La ausencia del criterio de relevancia pública impide la ubicación del derecho a la información en el contexto de prevalencia...” (166)

Entonces, tanto el derecho a la información como el derecho al honor permanecen en el mismo rango de igualdad.

En cuanto a la veracidad, Fernández Palma hace unas precisiones: “El art.208 en su último párrafo ofrece, a estos efectos, la demarcación del momento límite de intervención penal: “temerario desprecio hacia la verdad”. A estos efectos la verosimilitud o veracidad subjetiva opera en la misma medida tanto si se está en presencia de imputaciones de hechos revestidos de relevancia pública, como si tal elemento no puede constatarse. Ello indica que cuando el enunciado ofensivo proviene de un particular, se dirige contra un sujeto de iguales características y no contiene información de interés público, podrá alcanzar la consideración de delito si, entre otros requisitos, se lleva a cabo despreciando temerariamente la

verdadidad" (167) Aunque ciertamente, creemos, nunca tendría el mismo alcance, y los deberes de veracidad serían diferentes a los impuestos en el otro tipo de injurias. Aunque es cierto que el art. 208 párrafo tercero del CP no ofrece distinto tratamiento para las injurias entre particulares.

En todo caso, no es este punto objeto de nuestro estudio.

De todo lo dicho en este capítulo pueden deducirse algunas consecuencias.

. Ciertamente que el honor de una persona depende de sus propios actos, pero si un periódico publica la noticia de que alguien tiene un padre ladrón, seguro que repercutirá sobre el hijo, de forma injusta. O bien el caso del comportamiento de una persona respecto de una tercera ¿ puede ser considerado

como una manifestación de menosprecio? “¿Es responsable de injurias al marido el amante de una mujer casada?”(168)

El CP no resuelve estos problemas.

En los conflictos entre derecho de la información y derecho al honor las penas resultan demasiado fuertes, sobre todo las de privación de libertad.

¿Sería posible utilizar la vía civil en estos casos?

Tal vez el tratamiento más adecuado sería la norma ética, pues la conciencia es lo que más obliga. Y casi lo único que puede hacer de la comunicación una de las más humanizantes tareas.

(1) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.62

(2) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.64.

(3) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.62

(4) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p.59

- (5) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la información II. Los mensajes informativos*. Colex.Madrid,1994. p.73
- (6) García Sanz R.M.. "El principio de composición. El mensaje de juicios.", en *Derecho de la Información II Los mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994 p. 102
- (7) Desantes Guanter, JM *Un delito innominado en el nuevo Código Penal*.AEDE. n°21. Madrid,1996. p.71-72
- (8) Manzanares, JL yCremades J *Comentarios al Código Penal*. La Ley-Actualidad. Madrid, 1996. p. 107
- (9)Desantes Guanter, JM "Un delito innominado en el nuevo Código Penal".AEDE.n°21. Madrid,1996. p.71-72
- (10)Desantes Guanter, JM " Un delito innominado en el nuevo Código Penal."AEDE. n°21. Madrid,1996 p.71-72
- (11) Desantes Guanter, JM "Un delito innominado en el nuevo CP." AEDE n° 21. Madrid, 1996. p. 75
- (12) Desantes Guanter, JM " *Un delito innominado en el nuevo Código Penal*."AEDE. n°21. Madrid,1996 p.73-74
- (13) Herrero Tejedor, F. *Honor, intimidad y propia imagen*. Colex. 2 edición. Madrid, 1994.p.75-76
- (14) (STC 185]89)
- (15) Desantes Guanter, JM. "Un delito innominado en el nuevo Código Penal". AEDE n°21, 1996. p.72
- (16) Granado Pérez, C.. "Jurisprudencia del tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 137
- (17) De Castro, F. *Temas de derecho Civil*. Madrid, 1970. p. 18
- (18) Rogel Vide, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1985. p. 157
- (19) Novoa Monreal, E. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. Ed.Siglo XXI. 1989. p.74
- (20) Alonso Alamo, M. *Protección penal del honor: sentido actual y límites constitucionales*. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Enero-abril, 1983. p.150 y ss.

- (21) (STS de 31 de julio de 1992. Fj. 3º. También en SSTs 23 de marzo de 1993 y 18 de mayo de 1994).
- (22) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 257-58.
- (23) López Díaz, E. *Derecho al honor y derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson. Madrid, 1996. p.59-60
- (24) Romero Coloma. A.M. *El derecho al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión y de información*. Serlipost. Barcelona, 1991. p.129 y ss
- (25) Tasende Calvo J. T. "La tipificación de las injurias", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998.p. 308-309.
- (26) Quintano Ripollés, A. "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal". Tomo I. Vol II. 2 de. puesta al día por Gimbernat, E. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1972. p1011-1016
- (27) Tasende Calvo Julio T. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998.p. 311-313
- (28) Desantes Guanter, "Un delito innominado en el nuevo Código Penal". AEDE. nº21. Madrid, 1996. p. 71-72
- (29) Desantes Guanter, JM." Un delito innominado en el Código penal." AEDE. nº21. Madrid, 1996. p. 73
- (30) Novoa Monreal, E. *Derecho a la vida privada y libertad de información, Un conflicto de derechos*, en Poder Judicial nº2. ed. Siglo XXI. Madrid, 1989. p. 75
- (31) Desantes Guanter, JM. "Un delito innominado en el Código penal". AEDE. nº21. Madrid, 1996. p. 73
- (32) Rudolphi, H.J. Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch. paràgrafo 186. Frankfurt. 1989. 4.ed. Alfred Metzner (ST.GB)
- (33) (art. 29 Ley de Prensa de 29 .VII. 1981)
- (34) Manzanares JL y Cremades J *Comentarios al Código Penal*. La Ley-Actualidad. Madrid, 1996. p. 106
- (35) Manzanares, JL y Cremades, J. *Comentarios al Código penal* La Ley-Actualidad. Madrid, 1996. p. 106-107

- (36) Desantes GuanterJM. "Un delito innominado en el nuevo Códgo Penal" AEDE n°21. Madrid,1996 p. 75
- (37) Sinova J.. *El poder y la prensa*. Ediciones Internacionales Universitarias. Navarra. 1995. p. 172-74
- (38) Desantes GuanterJM. "Un delito innominado en el nuevo Códgo Penal" AEDE n°21. Madrid,1996 p 75
- (39) López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid, 1996. p. 110
- (40) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona.19 97 .p.16
- (41) Desantes GuanterJM. "Un delito innominado en el nuevo Códgo Penal" AEDE n°21. Madrid,1996 p 74
- (42) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Cometarios y jurisprudencia*. Comares Editorial. Granada, 1998. p. 1125
- (43) Escobar de la Serna, L.. *Derecho de la Información*. Dykinson. Madrid, 1996. p.264
- (44) Fernández Palma, R. *El delito de injuria*. Aranzadi. Navarra.2001. p. 233-34
- (45) Vives Antón , T.S. *Derecho Penal. Parte Especial*. 2 de. revisada y actualizada conforme al CP de 1995. Valencia, 1996. p.285
- (46) Tasende Calvo J. T. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998.p. 310
- (47) Queralt Jiménez, JJ. *Derecho penal español. Parte especial*. 3 ed. Barcelona, 1996. p.231
- (48) (STS de 22 de mayo de 1991).
- (49) Quintero Olivares, G. "Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995". , en *El Código Penal de 1995. Parte especial*. CGPJ. Madrid, 1996. p175;
- (50) Quintero Olivares, G. y F. Morales Prats. "Comentario al art.208 del Código Penal", en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. dir. G.Quintero Olivares y coord. JM Valle Muñiz. Pamplona, 1996. p.347
- (51) Queralt Jiménez, JJ. *Derecho penal español. Parte especial*. 3 ed. Barcelona, 1996. p.232-233;
- (52) Castañeira Palou, MT *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid, 1997.
- (53) Rojas, E.. "El hombre en crisis" ABC 3-2-2001. p. 65.

- (54) Azurmendi, A. *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA.Navarra, 1997. p.141
- (55) Tasende Calvo J. T. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998.p. 313
- (56) Vega Ruiz J.A.. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Mdrid, 1998. p. 193
- (57) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra. 2001. p. 253-256.
- (58)Maciá Gómez , R., *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997.p.62-63
- (59) Desantes Guanter, JM Notas tomadas en la sala de conferencia en el Congreso sobre "Delitos informativos en el CP". Facultad de CCII. Madrid, 26 de abril de 1998.
- (60) (SSTC 105/1990, 6 jun, 42/1995, 13 feb. o 76/1995, 22 may.)
- (61) Del Moral García, A.. " Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coord. I.S.Butragueño. Comares editoril. Granada. 1998. p. 1127
- (62) (STC 6]1998. Fj.5)
- (63) Jakobs, G. *La imputación objetiva en derecho penal*, estudio preliminar C.Suárez González y M.Cancio Meliá. Trad, M.Cancio Meliá. Madrid, 1996. p. 118.
- (64)Berdugo Gómez de la Torre,I .*Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad.Especial referencia a su problemática jurídico penal*. ADPCP. 1991. p. 348
- (65) Fernández Palma, R.. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*.Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 289
- (66) Fernández Palma, R.. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001. p. 290-91
- (67) Azurmendi, Ana. *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA.Navarra, 1997. p.275
- (68) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 72
- (69) Carreras Serra, Ll. .*Régimen jurídico de la información. Periodista y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996.p. 124
- (70) Aguilera Fernández, A. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información. Posibilidades y límites constitucionales*. Comares. Granada, 1990. p.60

- (71) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodista y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996.p. 124
- (72) Mendizábal Allende, R. "La libertad de prensa en el nuevo texto penal", en AEDE nº21, 1996. p.13
- (73) (STC 50] 1983, de 14 de junio, FJ núm.3. Caso policía expulsado)
- (74) Igartua Arregui, E. "La protección del honor y la intimidad", en *Poder Judicial* nº5. marzo,1987. p.98
- (75) Manzanares, JI y Cremades, J. *Comentarios al Código penal La Ley-Actualidad*. Madrid, 1996. p. 106
- (76) Manzanares, L y Cremades, J. *Comentarios al Código Penal" La Ley-Actualidad*. Madrid, 1996. p.96
- (77) Mendizábal Allende, R. "La libertad de prensa en el nuevo texto penal", en AEDE nº 21.1996. p.14
- (78) Mendizábal Allende, R. "La libertad de prensa en el nuevo texto penal", en AEDE nº 21.1996. p.14
- (79) Escobar e la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson, Madrid, 1998. p.333
- (80) (STC 105/90)" (STC 138/1996 FJ 3)
- (81) Carreras Serra Ll. *Régimen Jurídico de la Información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p.121
- (82) (STC 136/1994 FJ 3º)
- (83) Roríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Laverde, Lugo, 1999. p.143
- (84) Roríguez Pardo, J. *Derecho de la comunicación*. Laverde, Lugo, 1999. p.146
- (85) "Ortega Gutiérrez, D . *Derecho a la información versus Derecho al honor* . Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999. p.107
- (86) STC 76]1995 de 22 de mayo. F.j.5
- (87) (STC 76]1995 .F.J. 6º).
- (88) (STC 19]1996 de 12 de febrero. Fundamentos jurídicos. 3y 4)
- (89) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 100
- (90) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 101

- (91) Jiménez-Blanco, A. (Coor.) *Comentarios a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1995. p.176.
- (92) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 106
- (93) Ortega Ruiz, D. *Derecho a la información versus Derecho al honor*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999.p.144)
- (94) Quintano Ripollés: *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. -Tomo I .Vol.2- 2. edición, Madrid, 1972. -Puesta al día por Gimbernar Ordeig- p. 1267 y ss.
- (95) López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson, Madrid, 1996. p.99-100.
- (96) Maciá Gómez, R..*El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona.19 97 .p.79
- (97) Del Moral García, A. " Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*Coor. I.S.Butragueño. Comares editoril. Granada. 1998. p. 1126
- (98) (Córdoba J; Rodríguez Mourullo, G. *Comentarios al Código Penal*. I.Barcelona, 1976. p.360 y ss.)
- (99) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la informción. Periodista y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996.p. 124
- (100) Vega Ruiz J.A. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 112
- (101) Granado Pérez, C.. "Jurisprudencia del TS sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.152
- (102) (STC 170/ 1994. F.j. 4)
- (103) (STC 176/1995. F.j. 1)
- (104) (STC 421995. F.j. 3)
- (105) (STC 165/1987)
- (106) (STC 41/1994. F.J. 3)
- (107) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona.19 97 .p.157
- (108) Vega Ruiz J.A.. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 113
- (109) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" Dykinson. Madrid, 2000. p.38

- (110) Desantes Guanter, JM. *Los límites de la Información*. Asociación de la Prensa de Madrid. 1991. p.98
- (111) (STC 42/1995. F.j. 3)
- (112) Granado Pérez, C.. "Jurisprudencia del TS sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.149-150
- (113) (101) STS de 20 de abril de 1996
- (114) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa. 9. Dykinson. Madrid, 2000. p. 48
- (115) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Dykinson. Madrid, 2000. p.42-43
- (116) Del Moral García, A. " Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*.Coor. I.S.Butragueño. Comares editoril. Granada. 1998. p. 1126-27
- (117) Maciá Gómez, R. *El delito e injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997.p. 67
- (118) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*.Coor. I.S.Butragueño. Comares Editorial. Granada, 1998. p. 1128
- (119) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997. p.66
- (120) López Díaz, E. *El derecho al honor y el derecho a la información. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson. Madrid, 1996. p. 125.
- (121) Desantes Guanter, JM. "Un delito innominado en el nuevo Código". en AEDE n°211996. p. 74
- (122) López Díaz, E.. *El derecho al honor y el derecho a la información. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson. Madrid, 1996. p. 123.
- (123) *Publications of the European Court of Human Rights. A.n°103*
- (124) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra. 2001. p. 253-256.
- (125) Del Moral García, A.. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*.Coor. I.S.Butragueño. Comares Editorial. Granada, 1998. p. 1128
- (126) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson Madrid, 1998. p.265
- (127) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodisats y medios de comunicació*n. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 125-126

- (128) Manzanares, JL y Cremades, J *Comentarios al Código Penal*. La ley-actualidad, 1996. p. 110
- (129) (O' Callaghan, X : *Libertad de expresión y sus límites. Honor, Intimidad e imagen*. Erdesa, M,91)
- (130) Tasende Calvo, J. J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995"., en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 319-320.
- (131) Bernal Castillo, J. "Los conflictos entre los derechos al honor y a la información en el ámbito penal, en el derecho vigente y en el proyecto de CP" *La Ley*. Año XIV, nº333. agosto, 1993. p.4
- (132) Bacigalupo, E.. *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Dykinson. Madrid, 2000. p.5
- (133) Tasende Calvo, J . J. "La tipificación de la injuria en el Código Penal de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de derecho judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 303-304.
- (134) Tasende Calvo, J. J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995"., en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 323-324
- (135) Manzanares, JL y Cremades, J. *Comentarios al Código Penal*. La Ley-Actualidad. Madrid, 1996. p. 111
- (136) (S. J. 1 Instancia nº19. Madrid 4.jul.1986)
- (137) Fernández Palma, R..*El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra,2001p328
- (138) Peña Carles, M.C.. "La responsabilidad de la empresa editora en el Código Penal de 1995", en AEDE nº 21. Madrid 1996. p. 102
- (139) Azurmendi, A. *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.14
- (140) Maciá Gómez, R. *El delito de injurias*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 151
- (141) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada,1997 p. 1130
- (142) Tasende, J. J. "La tipificación de las injurias en el CP de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.332

- (143) Del Moral García, A.. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada,1997 p. 1130-1131
- (144) Tasende, J. J. "La tipificación de las injurias en el CP de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p.329-330
- (145) Tasende, J. J."La tipificación de las injurias en el CP de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ.Madrid, 1998.p. 329-330
- (146) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 133
- (147) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 133
- (148) (SSTC 27 oc. de 1987 y 6 jun. 1990)
- (149) Vega Ruiz, J.A.. *Libertad e expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p.195-196
- (150) Tasende, J. J. "La tipificación de las injurias en el CP de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 331
- (151) Azurmendi, A.. *Derecho de la Información.. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.142
- (152) Del Moral García, A.. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada,1997 p. 1131-1132
- (153) Maciá Gómez, R.. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 138-39
- (154) STS de 19 de mayo de 1989
- (155) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 123
- (156) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Comares Editorial. Granada,1997 p. 1132-1133
- (157) Tasende, J. J. "La tipificación de las injurias en el CP de 1995", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998. p. 332-333
- (158) Vega Ruiz, J.A. de. *Libertad e expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p.196-197
- (159) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada,1997 p. 1133

- (160) Vega Ruiz, J. Augusto de. *Libertad e expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p.196-197
- (161) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada,1997 p. 1132- 113
- (162) Maciá Gómez, R. *El delito de injuria*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 140
- (163) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p.123
- (164) Azurmendi, A. *Derecho de la Información.. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.142
- (165) Del Moral García, A. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada, 1997 p. 1134
- (166) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra,2001p. 330-32
- (167) Fernández Palma, R. *El delito de injuria. Derecho y Proceso penal*. Aranzadi Editorial. Navarra,2001.ps.330-332
- (168) Bacigalupo, E. *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Dykinson. Madrid, 2000. p.14-15

3.- La protección de la noticia en su obtención y posterior difusión.

El periodista, el informador, para ejercer su tarea necesita acceder a la información, obtener las noticias. Hablamos , en la primera parte de este estudio, del derecho a investigar, a recibir y a difundir la información, como tres facultades que integran el derecho a la información, y de cómo la protección de la noticia debe incluir no sólo el hecho de difundir la información sino también el de conocerla, obtenerla e investigarla. Facilitar la libertad de información es proteger el derecho a informar y el derecho a ser informado.

Es evidente que no todo lo que ocurre se debe comunicar, no todos los hechos y los datos son comunicables, como se ha dicho en páginas anteriores. Por lo tanto es comprensible y laudable que el CP sancione la difusión de algunos mensajes. Pero todo lo comunicable debe poder comunicarse sin que nadie sufra las consecuencias por ejercer tal derecho. En este apartado vamos a considerar cómo sirve el CP a este fin. Nos interesa aquí constatar cómo se reflejan -o se ignoran- estos comportamientos de comunicación que consisten en obtenerla y difundirla, qué trato se otorga a la fuente de la noticia y al secreto profesional del periodista, esencial para que la información se siga generando. Nos situamos en el Capítulo X CP dedicado al descubrimiento y revelación de secretos.

3. 1.- La comunicación de datos comunicables.

Cuando nos preguntamos una y otra vez cómo protege el Código la noticia, queremos hallar entre su articulado disposiciones que sancionen conductas anti-informativas, pues sólo así se protegerá la recta comunicación. Cuando el Código condena estos comportamientos está protegiendo el ejercicio del derecho a la información, en este caso, el derecho a la noticia. En la medida que la ley penal dificulte la conducta legítima del informador -bien el acceso a las fuentes, bien su

posterior difusión- estará desprotegiendo el derecho a conocer del ciudadano, el derecho a la noticia.

Ahora nos referimos a la comunicación de datos susceptibles de ser comunicados, y no siempre accesibles al informador. Uno de estos campos, tantas veces difusos, es el relativo a la vida privada, parte de la cual puede, y en ocasiones, debe, ser comunicable, siempre que su actuación trascienda a la vida pública. Hay que establecer enseguida la diferencia entre vida privada e intimidad, ésta última no es nunca objeto de comunicación, si el titular no lo desea, y por lo tanto, no vamos a tratar de ella. Sirva solamente decir que la intimidad es una zona vetada a la información, reservable, que se mueve en el terreno de la *no noticia* y por lo tanto cualquier información sobre la intimidad de una persona sin su consentimiento nunca sería protegible.

Ocurre, no obstante, que tanto el CP, como la jurisprudencia, como buena parte de la doctrina, hablan indistintamente de intimidad y de vida privada creando una confusión a la hora de categorizar conductas y regular su sanción. Es este un mal que, según nuestro criterio, necesita una clarificación por parte del legislador y de los tribunales.

Lo expresa claramente Desantes Guanter al referirse a la diferencia entre lo privado y lo íntimo en relación a la actividad informativa, -que es la que aquí nos interesa- así como a la falta de clarificación de la ley y del TC.

“La esfera de la vida pública, dice, puede o debe ser siempre objeto de información; la esfera de la vida privada puede ser siempre objeto del mensaje, pero debe serlo tan sólo cuando la actuación privada trasciende a la vida pública; la vida íntima no sólo no es informable sino que ni siquiera es investigable. No puede ni debe ser objeto de la información”. (1)

En el mismo sentido, también el profesor González Ballesteros distingue claramente tres zonas: la perteneciente a la vida pública, conocida por todos, la vida privada, no necesariamente conocida pero que puede conocerse y la vida

íntima, la zona más humana, más espiritual, que no se conocería jamás si uno no quisiera. (2)

Es decir, la vida íntima es la que no se comparte con nadie, es inabordable al informador cualquiera que sea la circunstancia personal del afectado, mientras que la vida privada sí puede comprartirse según las circunstancias personales del protagonista: personaje público, fama, posición social, etc.

Lo íntimo “es el punto más alejado de la difusión pública que no puede ser objeto de información, pues esto sería destruir la intimidad” (3)

Lo que ocurre es que el TC confunde ambos conceptos. No los distingue con nitidez y “como la vida privada es informable en caso de que afecte a la vida pública, la mayoría de las veces lo que ha hecho el TC es negar el carácter ilimitable del derecho a la intimidad (...)” (4)

Además, sigue diciendo Desantes, nuestra Constitución y las leyes que la desarrollan “reconocen y protegen el derecho a la intimidad, no el derecho a la vida privada, lo que ha hecho que bajo el nombre de intimidad se hayan planteado asuntos que no afectan al campo de lo íntimo sino al más amplio de lo privado”(5)

Así pues, hay una especie de confusión a la hora de utilizar los término intimidad y vida privada de manera indistinta, cuando en realidad, como se ha visto, significan dos esferas diferentes en progresión de cercanía a la personalidad. Lo que sí parece cierto es que por la vida privada es relativamente fácil acceder a los ámbitos de la intimidad, eso es otra cosa; pero la confusión terminológica está en la doctrina, en la misma ley y en la jurisprudencia.

Aquí vamos a referirnos siempre a la vida privada en su aspecto público, pues es el único susceptible de ser conocido por los ciudadanos en virtud de su derecho a la información. Dejamos por el momento el terreno de la intimidad, aunque tengamos que utilizar una y otra vez el vocablo en algunas citas y sentencias, fruto de la confusión terminológica que ya hemos señalado entre ambos conceptos.

3.2.-El secreto de las comunicaciones. La libertad de comunicar

El CP regula en su Capítulo X el secreto de las comunicaciones. Uno de los derechos más modernos que hoy se incluyen en las normas constitucionales de países democráticos, entre otras en la CE. Se protege aquí implícitamente la libertad de las comunicaciones y de manera explícita su secreto frente al conocimiento de terceros, la zona vetada a la información.

El ser humano necesita comunicarse con los demás confiadamente, compartir, en su caso, esa parte de mundo interior que tantas veces adolece de suficiente luz propia para avanzar en verdad. Ciertamente en muchas ocasiones esta comunicación puede hacerse a través de un medio, bien oral o escrito que, en todo caso, es digno de protección frente a terceros, esto es, merecedor de la garantía de su "impenetrabilidad por terceros" (STC 114]1984 de 29 de noviembre)

El secreto deja de serlo si se hace público. Puede saltar a los medios de comunicación, más aún si la persona a que se refiere es significativa socialmente hablando. El asunto se convierte en asunto público. A partir de ahí no se podrá evitar que el tema sea objeto de noticias, comentarios, tertulias, reportajes, opiniones... Alguno de estos "secretos a voces" han llegado a resultar muy dañosos para los afectados y sus familiares. "Algún día habrá que estudiar en profundidad, dice Temprano, el *canibalismo mediático* al que son sometidas determinadas personas por "especialistas" en esta clase de rituales salvajes. Tales averiguaciones podrán dar mucha luz al investigador moderno de los medios de comunicación"(6)

Y, añade, "la averiguación de un secreto puede ser el aniquilamiento de un grupo familiar compacto: a la persona más débil e incapacitada para aceptarlo puede producirle grandes quebrantos, sobre todo si el secreto de uno de sus miembros es aireado en juicio público con los medios de comunicación por testigos y la correspondiente presión social"(7)

Mucha parte del problema, a nuestro parecer, se relaciona con el tipo de sociedad emergente. La nueva sociedad posmoderna no valora el concepto de secreto. También los medios de comunicación, un cierto tipo de prensa "amarillista", ha contribuido a desvelar los secretos sin ningún pudor.

Hoy la opinión pública solicita conocer secretos y al público no parece importarle responder a ello. En la actualidad el descubrimiento de secretos e intimidades es una diversión y un medio de captar audiencia.

Lo cierto es que este fenómeno tiene importantes repercusiones sociales, personales y familiares en la vida actual

Ello supuesto, y para el correcto desarrollo de este tema a la hora de sacar conclusiones, no debemos olvidar, finalmente, que hay una diferencia significativa entre secreto, intimidad y vida privada. El primero se refiere a lo que no es lícito comunicar, aunque se conozca por quienes lo deben conocer, la segunda a lo que no es lícito conocer, -ni uno ni otro aspecto son objeto de este estudio- la vida privada, hemos afirmado, se puede comunicar si tiene una repercusión pública

Aquí nos interesan aquellos supuestos referidos a la comunicación de hechos que, sin pertenecer a la esfera íntima o reservada que quedaría fuera del ámbito informativo, se sitúan en una zona que puede ser comunicable o no, según los casos.

El informador para difundir tiene que conocer. La cuestión que se plantea es cómo puede conocer o acceder a determinados datos comunicables, entre ellos datos privados con repercusión pública, y difundirlos posteriormente, es decir, ejercer el derecho "a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación"(art.20, 1d. CE) Y cómo sirve el CP a este derecho, a la libre circulación de informaciones y a la transparencia informativa.

En este sentido nos vamos a detener en el punto 3º del artículo 197CP, aplicable al profesional de la información, ya que habla de la “difusión” de los datos o hechos descubiertos.

Previamente, partimos de algunos subrayados al art.197.

Traemos este artículo 197 para poder fundamentar el análisis de su apartado 3, específicamente referido a la difusión de información. Se trata de un artículo largo y denso.

Art.197

.-1 El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus comunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas pena se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice sin permiso del titular de los datos o de un tercero.

3. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años, si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.*

4. *Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por*

personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial, o vida sexual o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si demás afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete meses”

El art.197CP se inscribe en el Capítulo I del Título X dedicado a los “delitos cometidos por el descubrimiento y la revelación de secretos”, que en el fondo parece trasladar algunas consideraciones contempladas ya en la LO 1/82 del 5 de mayo, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

El art. 197 del nuevo CP en sus apartados 1 2, 3, 5 y 6 castiga con prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se apodere sin consentimiento de cartas o documentos personales, intercepte las comunicaciones, quien utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El CP se refiere a la presencia de un elemento ajeno a la comunicación, es decir, a un tercero. Así lo afirma el TC: “sea cual sea el ámbito objetivo de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su

impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.” (8)

Critica Desantes cómo el TC no ha distinguido bien entre las categorías de *reserva* y *secreto*. En la STC de 114]1984 de 29 de noviembre, “acierta a aplicar la noción de secreto de las comunicaciones, conforme al art.18.3 de la CE y al afirmar que tal secreto protege no sólo el proceso de la comunicación sino también el mensaje y la identidad subjetiva de los interlocutores o corresponsales. En cambio, extiende el ámbito del secreto a lo que es impenetrable por terceros. (9)

En cuanto a la acción de “interceptar” dice el TC que puede referirse tanto a “apoderarse del mensaje antes de que llegare a su destino o interrumpir una vía de comunicación” (STC 114]1984); puede consistir, por lo tanto, en una aprehensión física del soporte del mensaje o en el conocimiento del mismo con anterioridad (por ejemplo el contenido de una carta)

Por su parte el apartado 3, que examinamos a continuación, dispone la pena de prisión de dos a cinco años si se *difunden*, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Y penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, al que, con conocimiento del origen ilícito y sin haber tomado parte en el descubrimiento, realizare la conducta descrita. Los apartados 5 y 6 del mismo art. 197 agravan las penas en función del contenido de la información (que afecte a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz) o de que los hechos se realicen con fines lucrativos.

La acción contemplada en este precepto tan expedito puede consistir en: *apoderarse* de papeles ajenos, *interceptar* telecomunicaciones ajenas o *utilizar* artificios para *reproducir* sonidos o imagen

Las modalidades agravadas dependen de si hay *revelación, difusión* de lo descubierto a terceros, de la *condición* de responsable de los soportes, de la *naturaleza* especialmente sensible de lo difundido, o del *fin lucrativo* de la conducta.

Hay que señalar, una vez más, la confusión terminológica que se desprende de este precepto y de los siguientes. Se habla indistintamente de “revelar” y de “difundir”, siendo vocablos que pertenecen a dos conceptos diferenciados. Revelar es descubrir, del latín *revelare*: quitar el velo, desvelar. En este caso: “decir o hacer saber cosas que se mantenían ocultas o secretas”(10) En cambio difundir, ya se dijo, es una de las fases de informar, dar forma al mensaje para comunicarlo, según Desantes Guanter; “Difundir es perfeccionar la publicación, consumir el acto de publicar, incluso cuando el acto es delictivo por razón del mensaje que difunde o publica”(11)

La difusión es la fase decisiva para la exigencia de responsabilidad penal o civil, para fijar el momento en el que se puede exigir dicha responsabilidad. Por tanto, tener claro el concepto es de suma importancia en relación a los delitos cometidos a través de los medios de comunicación.

La variedad de acepciones que utiliza el Código de conceptos importantes no favorece la claridad ni arroja luz para una rigurosa interpretación de su articulado.

El secreto de las comunicaciones se presenta aquí como derecho constitucional autónomo, con tratamiento específico. Se ha hecho evidente que esa esfera de vida que el secreto de las comunicaciones ayuda a mantener, es necesaria para la subsistencia de personas e instituciones. El secreto de las comunicaciones es, por tanto, una forma de guardar la comunicación libre.

El problema está en determinar de quién parte la voluntad de difundir un secreto -en nuestro caso, de difundirlo en forma de noticia-, cuándo y cómo es una obligación, cuándo deriva responsabilidad penal -y civil-, y hasta qué punto el nuevo Código protege la transparencia informativa.

En algunos supuestos, difundir determinadas informaciones conlleva una responsabilidad, en otros es una obligación. Es importante, en todo caso, determinar cómo llegan o puedan llegar los hechos o datos al informador y cuáles de ellos deben comunicarse.

3.3.-La difusión de los hechos o datos obtenidos

Vamos a detenernos en el nº 3 del art.197 por considerar que es aplicable a los medios de comunicación. De hecho, todo hace suponer que en ellos estaba pensando el legislador a la hora de redactarlo. “Difundir” los hechos o datos descubiertos es una actividad típica de los profesionales de la información. El citado precepto dice así:

Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

Es decir, la pena se agrava en el caso de que esta información obtenida se haga pública mediante su difusión. En realidad en este apartado está de forma más evidente aunque no expresa, la referencia a la actuación del periodista y, por lo tanto, en el que nos interesa más. No en vano el tema ha dado ya lugar a no pocos casos de aplicación del precepto.

La conducta consiste en la difusión del contenido de los datos, hechos descubiertos o imágenes captadas, o en la difusión de una información con conocimiento de su origen ilícito.

Novedad es, además, la sanción que se establece a quien difunda esa información “aunque no haya tomado parte en su descubrimiento”. En la anterior legislación no existía este precepto. Fue incorporado posteriormente y asumido por el nuevo CP.

Es esta una cualificación fuerte a los autores de los apartados anteriores, en caso de difusión, o *revelación* de datos o hechos a los que se accede de forma ilícita, se les cualifica “absorbiéndose, en el primer párrafo, la conducta previa de captación de la información, y el segundo párrafo recoge la misma difusión pero realizada por quien no ha intervenido en el acceso ilícito, aunque conociendo su origen.”(12)

Es decir, se establece aquí una mayor severidad al hecho de difundir a terceros los datos obtenidos. Al autor que no ha tomado parte directa en el descubrimiento, y lleve a cabo la conducta, con conocimiento de su origen ilícito, también se le culpa, aunque rebajando la pena.

Naturalmente la difusión intensifica la ofensa porque se amplía el conocimiento de lo descubierto. Aquí, de nuevo, -como en otros lugares del art.197 y, en general, del CP- se repite la fórmula de una casuística que se podría haber simplificado; en realidad quien difunde, conoce; la difusión presupone el conocimiento. “Mediante el empleo de la locución *hecho descubierto* como objeto de la difusión, se pensaría, por ejemplo, no en la difusión material de los papeles o mensajes a que se refiere el tipo básico, sino a la intolerada *divulgación* de su contenido”. (13)

Habría que señalar también que no es lo mismo *difundir* que *divulgar*, aunque el CP, el TC y parte de la doctrina se refieren de forma indistinta a ambos términos. Así el CP establece: “...si se *difunden* los datos...” (art.197, 3);

y en otro lugar: “...El que divulgue” (art.199, 2) Por su parte, el TC se refiere tanto a “... la relevancia del hecho *divulgado*” (STC197]91 F3); como, en una misma sentencia, a “... la noticia *divulgada*” y “... los hechos *difundidos*” (STC 178]1993. F5), entre otros ejemplos posibles.

Sin embargo son distintos conceptos. Ya hemos apuntado el significado de difundir, como punto final de la publicación y como momento de exigir responsabilidades. En cambio, divulgar -de *divulgare: vulgus* se refiere a un conjunto de personas que en cada materia no conoce más que la parte superficial-significa literalmente “vulgarizar”(14), “poner al alcance de la generalidad de la gente algo que antes estaba reservado a una minoría”(15), por ejemplo, la radio ha *divulgado* la música clásica, o bien el periodismo científico *divulga* aspectos del genoma humano antes inaccesibles al gran público y sólo conocidos por los especialistas. Divulgar responde así a acercar a un número considerable de personas, ajenas al campo, determinados conocimientos específicos.

A lo largo de estas páginas, por las citas literales y artículos, tendremos que utilizar ambos vocablos de forma indistinta, pero quede sentada nuestra disconformidad así como la conveniencia de una apropiada depuración lingüística en los cuerpos legales.

Supuesto lo anterior, estamos con Antonio Fayos en que la “*revelación*” de los hechos, (se refiere a la *difusión*) es lo más central en la protección de la privacidad. Y la difusión es propia de los medios de comunicación.

Todo este capítulo, dice Fayos refiriéndose al art. 197, representa una serie de supuestos que abarcan “desde el aspecto intrusivo hasta el propiamente revelativo, -corazón de la idea de protección del derecho a la vida privada-incluyendo asimismo hechos como el clásico ejemplo de *violación de confianza* (o *breach of confidence* anglosajón) y que merecen en su conjunto una opinión muy positiva, por la protección amplia que se dispensa a las personas que sufren estas

conductas, y por la adecuada separación de tipos que realiza el CP, separación más acertada que la que hacen nuestras leyes civiles.”(16)

No compartimos esta última opinión del autor. Creemos que la pormenorización que ofrece este artículo no ayuda al objetivo que se propone. El precepto resulta poco claro y desorganizado.

Puede observarse en este precepto una mezcla confusa de actos delictivos de características diversas, que se unifican, una excesiva pormenorización y mezcla de diversidades que no favorece la interpretación del texto.

a) ¿Qué clase de hecho o datos pueden y deben difundirse, en su caso?

Los hechos o los datos pueden llegar -y así ocurre- por distintas vías, incluso de manera fortuita, al informador que los difunde en un medio de comunicación por considerarlos de relevancia pública. Surgen aquí varias cuestiones: ¿cómo llegan o pueden llegar esos datos o hechos al periodista? ¿todos los datos que el sujeto califique de privados son merecedores de protección? ¿qué dice el CP al respecto?

“El elemento decisivo aquí es la relevancia pública del hecho divulgado, que su revelación resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento” (STC 187]91 F3), o bien que “el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la vida privada de las personas es por ello la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa” (STC 172]90 F3)

Sin duda hay que distinguir entre el interés público y el interés del público, o la curiosidad o morbo, extremo sobre el que también se pronuncia el Constitucional, cuando afirma que “es esa relevancia pública y no la simple

curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, lo único que puede justificar la exigencia de aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la publicación de una determinada noticia" (STC 20]1992)

La STS de 24 de mayo de 1994 referida a la publicación de la noticia sobre datos ciertos de un profesor universitario, producidos hacía años, y que no era necesario recordar, afirma que: " El motivo decae porque el texto rebasa los límites de una correcta polémica periodística, afecta al prestigio profesional de demandante y añade datos que, aunque ciertos y conocidos en el ambiente universitario, no deben de *divulgarse* en el más amplio campo que alcanza la prensa diaria por ser hechos del tiempo pasado..." (FJ2)

"Si estos extremos eran desconocidos en el ambiente en que se mueve el sujeto, por razón de la distancia en el tiempo o del lugar(...) podrá darse la intromisión en el derecho a la vida privada", afirma O'Callaghan. Es lo que se ha llamado "el derecho al olvido". (17)

El autor afirma que hay una excepción referida a las personalidades públicas, para quienes no opera este supuesto. Es cosa lógica, por cuanto a veces determinados hechos pasado de la vida política, empresarial o social, puede afectar al interés público de manera muy directa.

Es preciso pues, conocer esos hechos que, en este caso, no serán objeto de intromisión en su vida privada. (18)

En el habitualmente difícil binomio de información con otros derechos, entre ellos la vida privada, hay que tener siempre presente bajo qué circunstancias se justifica la prevalencia de la primera sobre ésta última. No se ha hablado a lo largo de este estudio de *límites* de la información, pues nos parece, siguiendo al profesor Desantes, que la información no tiene ni puede tener límites (la vida privada, el honor, la libertad, la intimidad... no son limitantes de la información); limitar algo supone una acción exterior a lo que se limita; un derecho fundamental no puede limitarse desde fuera; otra cosa es que deba armonizarse con otros derechos, como

los antes citados que se encuentran más próximos al núcleo de la personalidad o que tienen estrecha relación con la comunidad. Lo que ocurre, y no resulta clarificador, es que los límites al derecho a la información, establecidos en el punto 4 del art. 20,4 CE, se refieren a “libertades”, no a los “derechos” que se han reconocido en el primer punto:

Art.20: “1.-Se reconocen y protegen los **derechos**:

a) A expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones(...)

d) A comunicar o recibir libremente información veraz (...)

4.- Estas **libertades** tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título(...) en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen...”

Por lo tanto siempre nos hemos referido en este estudio de una sinergia de derechos no limitativos unos de otros. De ahí que hablamos de coordinación entre derechos. (19) En el fondo todos los derechos tienden y favorecen la comunicación

¿Qué clase de datos o hechos pueden difundirse, y deben, en su caso? : Aquellos cuyo conocimiento por parte de los ciudadanos contribuya a la formación de una opinión pública libre, esto es, los hechos que tengan una trascendencia pública, una repercusión pública por la persona que los produce o por el contenido de la información.

b) Sin haber tomado parte en su descubrimiento

En el apartado 3 del artículo 197, al que nos venimos refiriendo, se sanciona también a quien contribuye a esa difusión “con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento”. El conocimiento del origen ilícito de los datos descubiertos por otro es un extremo problemático, ya que a veces constituye el punto de partida del periodismo de investigación, actividad informativa que es un servicio al bien común si se realiza con la debida honestidad.

Azurmendi hace una observación de interés referida a la investigación periodística y su dificultad de encuadre en el nuevo Código. Efectivamente, el CP distingue la culpabilidad de quien difunda datos o hechos descubiertos de la vida privada de otro "con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento". Según esto puede darse la situación siguiente: de un lado, la difusión de informaciones que aunque entran en el concepto de vida privada protegida, quien las difunde desconoce su origen ilícito, o se obtuvieron lícitamente, y según el CP no constituyen delito; y, finalmente, la difusión de la información de la que el periodista conoce su origen ilícito.

Puede entenderse, en el primer caso, -siempre siguiendo a Azurmendi- que existe un interés público en el conocimiento de la información que legitima su difusión, a pesar de tratarse de un contenido referente a la vida privada, pero en el segundo, ni siquiera la presencia de un interés público simultáneo la justificaría. "Lo que se cuestiona desde los medios de comunicación es si con este precepto será posible continuar con las denuncias y las revelaciones de delitos e irregularidades cometidos por personajes de la vida política del país, cuando en muchas ocasiones este tipo de información veraz -porque ha llegado a contrastarse- procede a su vez de la irregularidad cometida por un funcionario que bien fotocopia un documento y lo filtra a los medios o bien procede de un robo o se ha obtenido por cualquier otro procedimiento ilícito. (20)

Las afirmaciones de esta autora pueden matizarse.

En este punto habría que tener en cuenta que el ser humano, el informador, no sólo "hace" sino que "obra" responsablemente. Es importante la diferencia entre *agere* y *facere*. *Agere*, infinitivo del verbo latino *ago, agis, agere, egi actum*, significa "hacer" en el sentido material del término; también "producir". Cicerón utiliza *agere vitam*, como "vivir", y Tácito *agere naves*, como "dirigir una flota". Sin embargo *facio*, primera persona del presente de indicativo del verbo latino *facio, facis, facere, feci, factum*, significa "hacer" en la acepción más general de la palabra. Tito Livio lo emplea *facere admirationem*, como "inspirar admiración"; Cicerón en la

frase *Xenophon facit Socratem disputatem*, como “Jenofonte hizo hablar a Sócrates”, y Tito Livio utiliza el *fiat* como “sea en buena hora” (21). De los ejemplos traídos al azar se desprende la diferencia entre el “hacer” de *agere*, que tiene un sentido de “obrar” y el de *facio*, que es un “hacer” en el sentido más general del término.

En nuestro caso, el informador puede así realizar una buena información, confeccionar un buen mensaje pero no obrar responsablemente, como en el caso de utilizar medios ilícitos para obtener la información. Sólo la información rectamente obtenida es amparada por el TC (STC 6]88 F5)

Sin duda, queremos reseñar aquí cuánto servicio ha venido prestando el periodismo de investigación, sobre todo en el período de los años ochenta y noventa, en el que gracias a esta actividad informativa llegaron a salir a la luz importantes casos de corrupción política del momento (Caso BOE, Caso Rubio, Caso Roldán... etc, en los que no vamos a entrar por no ser objeto de nuestro estudio)

Cuando redactamos estas líneas salta a la prensa la noticia de "El negocio de las misses". Se trata de un montaje descubierto por una reportera de *Mundo-televisión* que se hizo pasar por candidata a *Mis Alicante* y “compró” el título con un procedimiento que era habitual en el Certamen. El vídeo producido por la periodista mostraba cómo la delegada del Certamen aceptó un presunto soborno de cuatro millones de pesetas y vendió la corona de *Mis Alicante*.

No cabe duda, pensamos, de que esta acción, aparte riesgos a la ética a veces imprevisibles, resulta ser un servicio al bien común, porque es destapar un engaño. Pero no podemos estar de acuerdo con los métodos ilícitos, como la falsificación de documentos, empleados para obtener la información. Nunca, y tampoco en periodismo, el fin debe justificar los medios empleados. El fin de satisfacer el derecho a la información no se justifica frente a todo. El periodista ha de amar la verdad y la objetividad, y también el buen gusto. Y deberá, ante todo, ser legal para ser fiable.

El mismo TC mantiene, también aquí, un criterio poco clarificador y algo contradictorio. De una parte, sostiene que debe prevalecer el interés público en la obtención de la verdad sobre la posible ilicitud de la obtención de la noticia (STC 29 de nov. de 1984) -Algo que, tomado al pie de la letra, sin más matizaciones, nos parece peligroso- y en otro lugar el mismo Tribunal afirma que el ordenamiento jurídico “ampara en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida”(STC 6]88 FJ5)

c) Posterior búsqueda y seguimiento de la noticia

Cosa diferente sería el caso del periodista al que se le da a conocer el contenido de una escucha telefónica ilegal y a partir de la misma él “intente averiguar por su cuenta la veracidad de los hechos y, como consecuencia de la investigación, publique un reportaje periodístico fundamentado en documentos o datos obtenidos así *diligentemente*”(22)

En este caso, finalmente, la información se habría obtenido de forma correcta por lo que la actuación del periodista no se debería considerar ilícita.

En este sentido, es de destacar cómo el CP incorpora la difusión de información captada mediante escuchas telefónicas. El delito fue introducido en el Código Penal anterior por LO 18]1994 de 23 de diciembre, a raíz de importantes escándalos sacados a la luz pública por el sistema de escuchas telefónicas.

Era frecuente entonces la reproducción en prensa o radio de conversaciones telefónicas que habían grabado personas no identificadas, que quedaban en el anonimato, ya que los periodistas no revelaban sus fuentes, acogiéndose al secreto profesional.

Hasta entonces “estaba castigada la interceptación ilegal pero no la divulgación del periodista” (23)

Las comunicaciones telefónicas, en principio, pertenecen al campo de la expresión privada y confidencial. Su confidencialidad se fundamenta en la libertad de comunicación de las personas para elegir el destinatario de las mismas. Son espacios reservados e inaccesibles al conocimiento de terceros. (24)

La sociedad tecnológica ha facilitado las intromisiones en la vida privada, mediante escuchas y grabaciones clandestinas, que son hoy una práctica cada vez más frecuentes hasta el punto de que se está suscitando una preocupación social sobre los límites y las garantías de la libertad humana.

A este tenor señala García Pablo: "Las escuchas y grabaciones no autorizadas y los abusos de la informática son, a la vez, alguna de las injerencias más llamativas "(25) El autor apuesta por su tipificación penal porque así, dice, se "garantizará el derecho a la vida privada frente a comportamientos hoy impunes "(26)

Las noticias obtenidas a través de una interceptación telefónica han constituido y constituyen un fenómeno frecuente, pues "las comunicaciones telefónicas, tan habituales en la vida moderna, (...) son fácilmente vulnerables mediante procedimientos bastantes simples."(27)

El origen de la regulación de escuchas telefónicas en el nuevo CP es una herencia del Código derogado. La LO7]1984 de 15 de octubre introdujo en el CP dos nuevos artículos: el 192 bis y el 197 bis, sobre la tipificación de las escuchas telefónicas. Las penas en ellos señaladas no tuvieron, al parecer, suficiente efecto disuasorio, al no conseguir asegurar, totalmente, el secreto de las comunicaciones, "... habida cuenta de la gama de conductas que quedaron fuera de los tipos que se regularon, y de las modalidades de telecomunicaciones susceptibles de ser interceptadas, así como de la levedad de las penas previstas" según expresa la Exposición de Motivos de la LO de 1994. (28)

La ley del 1994 se propuso agravar las penas de los supuestos contemplados en el art. 192 bis y 197 bis del CP anterior e introducir una nueva modalidad delictiva

para sancionar la conducta de quienes *sin intervenir en a captación de la información la difundan, conociendo su origen ilícito.*

Esta ley, a propuesta del gobierno socialista, aprobada por todas las fuerzas parlamentarias, condena pues, a la persona, en este caso, al periodista que difunda una información obtenida fruto de una interceptación telefónica; aquí no se tiene en cuenta si dicha información es o no de interés general o necesaria para la formación de la opinión pública.

Este precepto se incorpora al actual CP. Los artículos 197 y 198 del CP se inscriben en la línea de los arts. 192 bis y 497 bis del anterior CP

d) Sinergia de derechos

Según el texto constitucional, nadie, ni los poderes públicos, tiene derecho a interceptar una comunicación, salvo orden judicial. Pero otra cosa es que una fuente de información facilite al periodista una noticia interceptada y que a partir de ella, el periodista haga un seguimiento de la información por métodos lícitos; sobre todo, si el contenido de esa información afecta a personas públicas o de interés general sería un atentado contra la libertad de información no difundirla.

Habría que contraponer en este punto la existencia de tres derechos fundamentales: el derecho a comunicar información veraz, el derecho a recibirla y el derecho al secreto profesional del periodista (art. 20 CE) Contrasta asimismo con el art. 20 del CP que recoge entre las causas que eximen la responsabilidad criminal el obrar “en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (art.20, 7 CP)

“Los derechos y libertades de expresión e información significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, cual es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del Estado de Derecho” (STC 16 de marzo de 1981)

En consideración del TC debe prevalecer siempre el principio de proporcionalidad para resolver entre el derecho a investigar y enjuiciar el comportamiento y el derecho de los particulares su vida privada. Proporcionalidad que obligará a considerar la gravedad del hecho y los intereses afectados y su trascendencia pública.

Esto supuesto, el CP no acoge en su articulado con ninguna referencia a la investigación periodística. Algo que se pone de manifiesto en este punto 3 del art. 197. La cuestión de la relevancia pública, que no se nombra en el Código, la decidirán siempre los jueces y tribunales.

En muchas ocasiones utiliza el Código esta forma subjetivista de legislar, un aspecto de dudosa seguridad jurídica, si se lleva al extremo. En nuestro criterio, uno de los aspectos poco logrados del nuevo el nuevo Código es que a lo largo de su articulado se conceden excesivas facultades discrecionales a los jueces y tribunales, lo cual podría poner en tela de juicio la debida fiabilidad legal y jurídica de un Estado de Derecho.

Por otra parte, nos parece que el CP presupone una intencionalidad, un "animus" que podría no darse en el informador, sobre todo en la expresión: "para descubrir secretos o vulnerar la intimidad ..." (art.197, 1)

Una vez más el Código, creemos, no llega a entender del todo lo que significa la profesión periodística, la importancia de la información sin trabas. La verdad es que cuesta trabajo pensar que un informador destape un asunto al público "para descubrir secretos o vulnerar la intimidad"; lo lógico es que sea "para informar" de algo, creyendo que va a resultar "de interés" para los ciudadanos, aunque para ello -eso más razonable, creemos y, desde luego, menos duro para con la prensa- tenga que difundir algunos mal-llamados *secretos*. Con esto no estamos justificando los medio ilícitos, pues es fin no los justifica; hablamos sólo de la intención normal del periodista, que consiste en buscar y difundir información.

José Antonio Vera comenta críticamente estos extremos en un artículo de reciente publicación que titula “informar no es alarmar” en el que da cuenta de las críticas a la prensa por informar de lo que ocurre: “lo más cómodo, lo mejor, es escudarse en el hermetismo y el secreto (...) no desinformen, no alarmen, aténganse a la versión oficial que no pasa nada, todo está bajo control, no hay que hurgar ni hay que indagar, no hay que informar más que lo necesario. (...) Lo más fácil es proclamar que aquí no ha pasado nada y recurrir a la descalificación del que informa o explica cómo hay o ha habido indicios de que algo raro sucede en el submarino nuclear de Gibraltar, del mal de las vacas locas, de la munición radiactiva de Kosovo (...) Estáis alarmando -dicen- ...O sea, que informar sobre los problemas es alarmar. Que la culpa la tiene el mensajero. Hay gente en la calle que te responsabiliza del terrorismo y de kale-borroca por informar sobre el terrorismo y la kale-borroka”.

El autor continúa afirmando que “Una de las sacrosantas misiones de esta profesión tan vilipendiada es la de criticar a los que actúan mal cuando debieran hacerlo bien. Nuestra responsabilidad no es tapar este o aquel escándalo so pretexto de que publicarlo significaría escandalizar a una sociedad que no se debe escandalizar, nuestra responsabilidad profesional está en decir que se ha hecho mal cuando se ha hecho mal, en destapar falsos secretos, en exigir que no se atente contra la salud pública...”(29)

Esto es el derecho a conocer los hechos, de lo cual ya se ha hablado repetidamente en este estudio; Otra cosa es el buen hacer que debe asistir al derecho, favorable siempre al ser humano, si es una buena ley. Ahí debe estar anclado, por ejemplo, el deber de no sacar a la luz, no recordar situaciones dolorosas, pasadas, que ya no tienen un interés para nadie.

Pero lo que se desprende de algunos preceptos del Código Penal de 1995, relacionados con la información, es que fueran preceptos hechos “a la defensiva”, como si la intención del legislador pretendiera atar todos los cabos frente a la

libertad de información, por temor a ciertos “descubrimientos”, por parte de la prensa, con una repercusión social. En este sentido, vemos una vez más cómo el art.197 vuelve a plantear el repetido conflicto entre la información y la vida privada, el derecho a conocer y el derecho a no ser conocido, tema apasionante, que ha dado y sigue dando lugar a mucha literatura jurídica.

Es cierto que no todo lo que ocurre se debe difundir: “la difusión de una determinada información puede afectar, y así sucede en multitud de ocasiones, a la vida privada de las personas, a la evolución económica de una empresa o de una nación y al desarrollo de un proyecto político, por citar sólo unos ejemplos ilustrativos -se afirma en la presentación del Ciclo “Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la Información”, recientemente celebrado en la Facultad de Ciencias de la Información de Madrid, con motivo de su 30 aniversario- Cabe preguntarnos ante este fenómeno, sigue, ¿de qué modo estamos protegidos los ciudadanos frente a los posibles abusos en el tratamiento de la información? ¿qué código de conducta encauza la labor de los profesionales de la comunicación? ¿cuáles son los límites que establece la legislación de nuestro país frente a estos excesos?” (30)

Ocurre que la mayoría de los excesos escapan o pueden escapar a la ley, dependen de la conciencia del profesional, del informador, y en la mayoría de los casos están recogidos en los códigos deontológicos que regulan la conducta de los informadores. No es la ley, desde luego no la ley penal, creemos, la más apropiada para regular una actividad como la informativa, a pesar de sus riesgos, pues en su independencia está su grandeza y la de la sociedad democrática. Pero si hay que tratar, siquiera sea por alusiones, la tarea informativa, debe hacerse con benevolencia, teniendo en cuenta la importancia y la dificultad de su ejercicio en el momento actual.

3.4.- La protección de la noticia en sus fuentes. El Secreto profesional del art.199 y el secreto profesional del periodista

El CP habla en su art. 199 de la revelación de secretos conocidos por razón de un oficio, es decir, en virtud de una relación laboral.

Nada se dice sobre el secreto profesional del periodista, -que es de otra naturaleza- ni aquí ni en otros lugares de este cuerpo legal. Sin embargo, al tratar de la protección de la noticia no podemos por menos que considerar la protección de la fuente, pues mientras no se revel ésta, podrá seguir generando noticias.

3.4.1.-El art.199CP. Algunos subrayados

La Constitución Española hace referencia expresa a dos tipos de secretos en sus artículos 20,1.d) y 24,2.

“La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades” (art.20, 1.d) se está refiriendo aquí al secreto profesional del periodista, y

“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos” (art.24, 2. párrafo segundo) alude al secreto profesional general.

Partimos aquí del secreto profesional en general, descrito en el art.199 CP, para poder establecer las diferencias debidas entre ambos tipos de “secretos profesionales” El art.199 dice así:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

Los secretos conocidos, ya sea por relación laboral o profesional, están protegidos en este artículo. Se trata del deber de guardar secreto respecto a determinados datos de la vida privada de las personas, que son conocidos por terceros en virtud de un tipo de relación: el precepto se dirige a aquél que tenga un deber de secreto profesional por razón de su oficio o de relación laboral o el que por su cualidad de profesional tenga una obligación de sigilo: mayordomos, chóferes, etc...

Ahora bien, como la expresión en el Código es, de una parte: “ el que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio...” y, de otra: “el profesional que con incumplimiento de su deber de sigilo divulgue secretos...”, siempre puede quedar la duda de saber si la responsabilidad persiste una vez finalizada la relación laboral concreta.

Es importante subrayar esa indeterminación del primer párrafo de este artículo 199, referida al sujeto activo *el que revelare...*, y la concreción del segundo párrafo que exige que el sujeto activo sea precisamente *el profesional*, lo que puede plantear el problema de la revelación de secretos conocidos durante el ejercicio de la profesión pero revelados cuando ésta ya no se ejerce. “Parte de la solución puede encontrarse en cómo se regule el deber de sigilo propio de los profesionales que debe incumplirse y que puede alcanzar o no a estas situaciones, pero en todo caso, la adecuada protección del ámbito del bien jurídico debe permitir una interpretación menos formalista del término *profesional*, como habilitado oficialmente para el ejercicio, condición que no necesariamente debe darse por perdida cuando se dejan de realizar actos propios de la profesión”(31)

En determinadas profesiones, el deber de sigilo “puede entrar en colisión con otros deberes (por ejemplo, el de colaborar con la justicia del art.118 CE, que puede infringirse cometiendo un delito de desobediencia del art.556), lo que debería resolverse atendiendo a la ponderación propia del estado de necesidad del art.20.5CP.” (32) A este tenor el art. 20,5 CP establece el *estado de necesidad* en la

lesión de un bien jurídico ajeno, entre las causas que eximen la responsabilidad criminal, siempre que concurren las siguientes circunstancias: *“Tercero: que el necesitado no tenga, por oficio o cargo, la obligación de sacrificarse”*. (art.20,5)

Con carácter general, la difusión de datos o hechos que supongan una violación del secreto profesional, no podrá legitimarse por el ejercicio del derecho a la información.

Pueden destacarse tres notas esenciales en esta figura, según Manzanares y Cremades. La primera es su carácter de derecho-deber. La segunda el contenido, que consiste en una omisión: *no* desvelar, *no* ejercitar el derecho a la información e impedir que, se ejercite el derecho a recibir información (no así el de investigar) La tercera es el objeto sobre el que recae la obligación o el derecho a guardar silencio sobre hechos o datos que afecten al cliente y se conozcan por una relación de confianza con el profesional. *“El secreto profesional se refiere a hechos y no a opiniones (...) debe tratarse de un secreto, esto es, un hecho o información no conocido públicamente.”*(33)

En palabras de Batlle Sales, *“Como el hombre no se basta a sí mismo para satisfacer sus necesidades, dice, necesita recurrir a otros que con él coexisten y de los cuales puede recibir ayuda de muy variada naturaleza”*(34)

Según Morales Prats la acción descrita en la violación de secretos *“consiste en descubrir los secretos conocidos en el ejercicio de la profesión. La acción de descubrir debe entenderse en su proyección a terceras personas”*(35)

Así pues, toda relación profesional o laboral es una relación humana de confianza que debe estar acompañada por la reserva, la prudencia, la fidelidad. A mayor confianza, más responsabilidad, (al igual que decíamos en la primera parte dedicada al derecho a la noticia: a mayor credibilidad en el periodista, más responsabilidad de ser veraz) pues la persona se siente doblemente defraudada si

se traiciona esa confianza por parte de quien, de ninguna manera, se esperaba tal conducta. Por eso resulta tan repugnante a la sensibilidad el hecho de la revelación de datos por parte de quienes han sido persona de compañía o asistentes de otro.

Por la indeterminación de este artículo, no se resuelve la duda de si dicha obligación persiste una vez extinguida la relación laboral concreta. Y muchos de estos casos se repiten en la sociedad española de los últimos tiempos, saliendo a la luz secretos de familias por medio de personas que estuvieron a su servicio y, en el momento de la difusión de estos datos, su relación laboral había finalizado.

El fundamento del secreto referido en el art.199, además de ser una exigencia jurídica, se encuentra en las normas deontológicas procedentes del mismo derecho natural, finalmente se apoya en la honradez y la ética del profesional.

Para Vega Ruiz la dificultad estriba en determinar el ámbito de este art.199.2. El delito afecta solamente a los que divulgan y tienen una obligación previa de sigilo. Bien es cierto que es el caso del abogado o el médico, pero ¿Lo tendrá también el periodista que recibe como secreto determinada confidencia de interés público? El Código, sigue diciendo el autor, "contiene una fórmula abierta. En detrimento de un *numerus clausus*, se establece una causa general. Se ha dicho por algunos que son precisos dos requisitos para que se genere esta obligación de sigilo: que tenga carácter necesario la prestación de los servicios profesionales y que sea un deber de sigilo jurídico establecido previamente por normas legales oportunas ."(36)

¿Y los periodistas o profesionales de los medios de comunicación...? , se pregunta el autor; lo cierto es que el CP contiene una fórmula general.

3.4.1.-El secreto del informador , un secreto diferente

La pregunta de Vega Ruiz nos adentra en la temática del secreto del periodista, que es diferente a los demás. A pesar de su reconocimiento constitucional (art.20 1.d) CE) el secreto profesional del periodista no se ha llegado a desarrollar por ley, pero ello no impide la existencia del derecho, pues la CE es de aplicación directa, vinculando a los poderes públicos y también a los particulares: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución...” (art.9, 1 CE) Y según el TC“ la existencia de su formulación significa el debido respeto aunque no haya aún legislación que lo desarrolle (STC 254]1993) El informador no está obligado a revelar sus fuentes de información si no es en determinados casos y por mandato judicial. Es esta una de sus garantías.

Refiere Desantes tres tipos de secretos relacionados con el periodista; uno prohibitivo, que lo constituyen las excepciones que legalmente o por acto administrativo establecen los poderes públicos al principio de publicidad de la actuación pública -entre ellos referido a los secretos oficiales-; otro secreto que obliga al informador es el secreto de empresa como trabajador de la misma y finalmente el secreto de las fuentes de información, que es el específico de su profesión. (37)

La diferencia fundamental estriba en que el secreto general es un secreto de hechos mientras el informativo es secreto de fuentes.

A diferencia de otros secretos profesionales, -del abogado, médico, etc... - en los que se protege el derecho a la intimidad de la persona, en el del periodista lo que se protege es el derecho a la libertad de información. En el primer caso, se confía el secreto para *ser guardado* mientras que en el segundo se hace para que sea *difundido, publicado, conocido*.

Lo que el periodista deberá mantener oculta es la fuente, “este silencio es necesario en muchas ocasiones para facilitar noticias de interés colectivo. De lo contrario las fuentes de información disminuirían notablemente ante el temor de ser descubiertas, reduciéndose paralelamente las posibilidades de poner en

conocimiento del público noticias de interés general que contribuyen a la formación de opinión pública. Por ello el secreto profesional de los informadores protege la libertad de expresión e información, y secundariamente, la reserva de sus fuentes” (38)

En otros secretos, concretamente los secretos privados o empresariales, se protege la confianza entre ambas partes, aquí no; el bien protegido es el origen de la información. “El bien jurídico protegido es el derecho a la información, no a la intimidad”. (39)

De manera accesoria “el secreto profesional se debe extender también a los soportes materiales de la información, documentos, cintas grabadas, notas tomadas... siempre y cuando estos materiales puedan conducir a desvelar la fuente”. (40)

Es decir, el secreto profesional del periodista le concede el derecho a no revelar las fuentes de información; esto quiere decir que se incluye en la fuente tanto las personas que transmitieron la noticia al informador como cualquier elemento integrante de la misma.

El contenido de la información está destinado a difundirse, no así su origen. Para Javier Pradera” este secreto profesional tiene a la vez dos beneficiarios y realiza a la vez dos protecciones. De un lado ampara al periodista de los requerimientos de terceros (administración, tribunales) para que revele sus fuentes; de otro ampara también a la fuente que le ha suministrado la información. Sin esta doble cláusula de protección sería imposible cualquier labor periodística de investigación que recibiera ayudas e informaciones de los funcionarios del Estado o de los empleados de las empresas”(41)

A este tenor afirma Fernández-Miranda que “no se trata de exonerar a los periodistas de sus responsabilidades civiles y criminales sino de evitar convertirlos en confidentes y coadyuvantes forzosos de la policía. Esta dispone de

sus propios medios para llegar a la verdad y no tiene por qué resultar imprescindible que sea el periodista el que haga su trabajo”(42)

Puede darse el caso que el mismo confidente sea quien tenga mayor interés en difundir la información que da a conocer al periodista, o tal vez puede actuar por otros móviles, incluso el de sacar un cierto provecho o favor. Eso no sería lo que cuenta aquí. El secreto protege la fuente de información, no la información en sí, y protege a su vez a la misma profesión periodística y a su libre ejercicio, garantizando, finalmente, que esa información esté al servicio de la sociedad a la que llega. Es una garantía de la información y del informador.

El periodista puede renunciar al secreto, el CP no contempla el secreto profesional como deber (ni como nada)pero faltaría a la ética. “Mientras la conculcación del secreto profesional de los abogados o procuradores es sancionado como delito por el art. 360 CP, la renuncia voluntaria de los periodistas a su derecho de mantener el secreto de las fuentes no implica responsabilidad jurídica alguna”(43) Lo que ocurre es que faltaría a un deber deontológico.

Pero “es tan importante el secreto profesional y tan trascendental su contenido que su vulneración puede incidir en el art. 556 CP, referente a la desobediencia: “...los que desobedecieren gravemente en el ejercicio de sus funciones...”; pero ha de quedar muy bien delimitado.” (44)

Finalmente, el secreto profesional del periodista, inexistente antes de la CE, tiene su amparo en el art. 20.7 CP, “quien obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho”, como causa eximente de responsabilidad.

a) Secreto y responsabilidad

El hecho de acogerse al secreto profesional puede tener sus riesgos para el informador, y llevarle a asumir responsabilidades derivadas de su actividad informadora. Entre ellas está, según Herrero Tejedor, el llamado *reportaje neutral* así como la imposibilidad de alegar su secreto profesional para no revelar las fuentes de una noticia y acogerse después a la veracidad de su contenido (45)

El mal llamado *reportaje neutral* (puesto que el reportaje es en sí mismo un género periodístico), consiste en reproducir escuetamente lo dicho por otra persona sin que el informador añada nada más. El TC recoge el tema en diferentes momentos. A la hora de establecer cómo ha de ponderarse una información en aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros sin apostillas ni añadidos, dice:

“Cuando un medio de comunicación se limita a dar información aportada por terceros, la veracidad que debe acreditarse se refiere únicamente al hecho de la declaración no a lo declarado” (STC 232]1993FJ3) Es decir, “en estos casos hay que distinguir una doble veracidad, la de los hechos narrados, que corresponde comprobar a quien los cuenta, y la de la existencia de dicha declaración, que debe ser acreditada por quien reproduce tales informaciones. Sin embargo, para que nos encontremos ante una situación como la señalada es preciso que la fuente de información esté perfectamente acreditada y que el periodista se haya limitado a reproducir sus afirmaciones. La diligencia exigible al medio de comunicación -se afirma en la STC 41]1994)- le impone(...) la identificación necesaria del sujeto que emite las noticias que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor”(ATC 23]1995. FJ5)

También en la STC 40]92 se pone claramente de manifiesto que no hay vulneración del honor porque “la información se reprodujo por el medio de comunicación sin apostilla o comentario alguno, limitándose a presentarla de forma objetiva y neutral tal y como era manifestada por la persona entrevistada...”

El art.30 CP, sobre los delitos cometidos utilizando medios de comunicación, se refiere también a este tema, al establecer la responsabilidad última del director o los directores del medio. Los directores deben identificar al autor de la noticia difundida en su soporte. En el caso de un eventual inicio de actuaciones en materia penal, siguiendo a Carreras Serra, los mencionados profesionales quedarían al margen de toda responsabilidad criminal con la simple constatación del autor de lo divulgado a través del soporte difusor por ellos dirigido. El autor puede desear

quedar en el anonimato, en este caso el director del medio “debe, si pretende llevar a cabo la difusión, hacer un examen del contenido para en función del mismo, impedir o no la difusión. Si el director no lo impide podría ser inculcado en el proceso. En este supuesto es posible que se viera exento de responsabilidad si en el caso concreto, la libertad de información primara sobre otro bien jurídico afectado. En este caso no cabría alegar directamente el derecho al secreto profesional para verse exento de pena”. (46)

A este respecto añade Bacigalupo que ese conflicto de intereses sólo se soluciona con la ponderación de bienes. “Para ello se requiere una determinación valorativa de los intereses en juego a partir del propio sistema de valores de la Constitución”(47)

Pero en realidad, el mencionado derecho al secreto profesional es un derecho instrumental al servicio de la libertad de información. De ahí que en el caso de que prime esta última no sería necesario invocar el derecho al secreto.

Si el periodista es autor de un delito el derecho expira.

El informador puede encontrarse o en la situación de testigo o de inculcado. “El secreto debe operar excluyendo la responsabilidad penal por desobediencia (art.556 CP) cuando el periodista sea llamado como testigo. Si este se encuentra en la posición de inculcado la situación es distinta. (...) puede adoptar dos actitudes: la de guardar silencio por convicciones éticas o la de eludir la responsabilidad por la información divulgada poniendo al descubierto la fuente de su información y demostrando, en su caso, la veracidad de lo difundido”(48)

Ningún reo, dice Desantes, está obligado por ley -ni por ética- a confesar; de ahí que no se le exija juramento. En caso de estar procesado, el periodista “puede guardar herméticamente su secreto profesional “(49 ; distinto es el caso del testigo, subraya después. (50).

Por otra parte , el material de los informadores no podrá ser incautado: "una resolución judicial ordenando un registro y]o secuestro -como bien expresa Jaén Vallejo- sólo procedería en el caso de que el propio medio o alguno de sus profesionales aparezca como presunto responsable de un delito grave, agotando entonces el derecho al secreto (51)

Según Vega Ruiz el periodista puede acogerse al secreto profesional para no revelar sus fuentes bajo los requisitos de necesidad y legalidad. Si bien el consentimiento del afectado libera del compromiso. Pero "el estado de necesidad puede ser decisivo cuando la revelación es el único medio para la protección de intereses de un considerable valor(...) ¿Puede y debe el periodista revelar la identidad del confidente en temas trascendentales jurídicamente hablando si con ello evita la muerte de una persona? Nosotros, dice, y tú lector, y tú periodista, estamos de acuerdo en una evidente respuesta afirmativa".(52)

Es decir, lógicamente, el secreto profesional del periodista no lo exime de su colaboración con la justicia, ni de la denuncia de un posible delito. Naturalmente si a un periodista le llega información confidencial de un asesinato que se va a perpetrar, está obligado a comunicarlo (LECr); podrá sin embargo callar la fuente, "mantenido así el deseado anonimato del confidente, que es la garantía de que va a seguir siéndolo en le futuro"(53)

En el fondo, el secreto está en relación directa con la independencia del periodista, de no existir aquel tampoco es posible ésta.

b) Derecho y deber

El secreto del periodista es considerado a su vez derecho y deber. Es importante por las consecuencias que puede derivar. "De todos los problemas jurídico-informativos -subraya el profesor Desantes-, el secreto profesional es el

que implica consecuencias de una mayor gravedad para la persona y la honra del informador y para el cumplimiento de la misma función pública de informar.”(54)

El deber de informar, implica, para el autor citado, una serie de derechos, “hasta el punto de que derecho y deber tienen la misma denominación y es difícil deslindar, en ocasiones, hasta qué punto se actúa en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho”. (55) Y existe una serie de deberes del informador, previos a la publicación y otros deberes posteriores a ella. Entre éstos, “ el deber de no reducir, e incluso de “ampliar voluntariamente el campo de la propia responsabilidad. En este supuesto se encuadra el deber de secreto profesional del informador”(56)

El problema del periodista y su secreto se extiende entre su ética personal y la misma ley. La CE lo establece como un derecho en el art. 20 que consiste en no revelar las fuentes de información. Este derecho puede ejercerse, en principio, “frente a las autoridades administrativas, frente al parlamento y frente al poder judicial”(57)

Pero tiene un doble frente de derecho y deber. El derecho a la información, como afirma Desantes, incluye la facultad de investigación, es decir, el deber de buscar la información en el lugar que se halle pero empleando medios y métodos lícitos. “En aras de este derecho y este deber tiene el informador que acercarse a las fuentes que, cuando le proporcionan la información condicionándola a la no revelación de su origen, exige en el informador el secreto, no sólo por el compromiso contraído en aquella ocasión sino también porque rige el principio práctico de que fuente revelada fuente cegada para el futuro”(58)

Y subraya Pilar Cousido que “ el secreto profesional tiene una vertiente legal y otra ética; en su vertiente legal, la Constitución lo consagra como derecho a proteger. La deontología tiende a entenderlo como deber hacia las propias fuentes, un deber interesado que garantiza futuras informaciones de la misma fuente” (59)

El secreto profesional del periodista es en todo caso un derecho instrumental para la protección del derecho a la información y “ tiene la virtualidad de proteger el ejercicio de la libertad de expresión, -expresa Jaén Vallejo-; existen otros secretos, que por el contrario, inciden negativamente sobre aquél.” (60)

La cuestión es que mientras algunos secretos inciden de forma negativa sobre la libertad de información, el secreto profesional del periodista la favorece.

Otros secretos como los secretos oficiales, los secretos que deben guardar los funcionarios, el secreto sumarial o empresarial, también pueden acarrear responsabilidad penal, y de hecho están recogidos en el Código; pero estos secretos no son objeto de nuestro estudio. Sólo se mencionan aquí para advertir la diferencia sustancial con el secreto del periodista y subrayar la posible relación con este último.

c) La obtención de la noticia por fuentes indiscretas

En cualquiera de los “otros secretos” mencionados, no hay una limitación expresa y directa de la libertad de información, sino una limitación de dicha libertad respecto a los sujetos por razón de su situación u oficio: funcionarios, miembros de determinados organismos o empresas, etc. y hay a su vez la restricción a recibir información sobre asuntos que se consideran secretos. Esto es importante a la hora de obtener la información y difundirla posteriormente, porque quiere decir, a juicio de Jaén Vallejo, “que si el informador obtiene la noticia por otras vías, incluso por la indiscreción de alguno de aquellos, y la publica, no incurrirá en responsabilidad alguna, sin que, además, esté obligado a revelar la fuente informativa. Sólo el funcionario que proporcionó la información, si llega a conocerse, podrá ser objeto de responsabilidad disciplinaria e incluso penal”(61)

Es obvio que el periodista necesita informarse para informar. Como “deber hacia el resto de la comunidad que mandata al profesional de la información para que investigue y le haga llegar la información que le interesa”, lo entiende Cousido (62), para ello debe “buscar la información donde la encuentre”, (63) según Desantes. Siempre, como hemos subrayado, que esta “investigación” se lleve a cabo por medios conformes a la ley.

Pero es más que habitual el intento de control de la información por parte de los poderes públicos y las empresas, entre otros, sobre todo de la información que pueda afectarles y quieren que permanezca oculta, sin perjuicio de que sea de relevancia para la comunidad. Sin embargo “la profesión periodística necesita entrar en ese reducto cerrado por los agentes públicos o sociales si quiere informar de lo que realmente pasa en la sociedad o en la administración pública. Utilizar fuentes confidenciales constituye una necesidad profesional de primer orden, y de hecho, los periodistas más combativos son los que tienen usualmente más posibilidades de encontrar las informaciones ocultas “(64)

Es evidente que quien informe de estos asuntos quiere conservar el anonimato, por ello hay que proteger al periodista cuando no revela sus fuentes; no sería ético, de otra parte, teniendo en cuenta que comunicar las fuentes sería cerrarlas a nuevas noticias.

De ahí que lo que persiga el secreto sea la discreción sobre la identidad de la fuente “para asegurar, dice Marc Carrillo, el derecho a la información; dar garantías jurídicas que aseguren su anonimato y evitar las posibles represalias que puedan derivarse después de haber desvelado una información.”(65)

El periodista debe asumir esta exigencia en la medida en que también está en juego su propia credibilidad ante la fuente informativa. La trascendencia pública de la noticia justifica su difusión.

¿Y si el periodista se ampara en unas fuentes que no existen y difunde una información falsa? “El secreto profesional nunca podrá ser un privilegio, dice Pradera, una patente para amparar informaciones falsas”(66)

Por ej. un periodista demandado por atacar al honor de otro, se acoge al secreto profesional para ocultar que él es el autor de la injuria simulando que es sólo un simple transmisor de una información confidencial. Pradera se refiere al art. 20CE que solo protege información veraz. El tendrá que comprobar que es veraz “Cuando un periodista es llamado ante un tribunal como autor de una información no puede alegar secreto profesional. Sólo podrá aducir que su información es veraz y probarlo” (67)

Sigue diciendo que si lo consigue sin revelar las fuentes, mejor. “Pero si no pudiera probar la veracidad de la información sin acudir al tiempo a su informador confidencial se enfrentaría con el siguiente dilema: o revelar las fuentes para no ser condenado, con lo que su informante quedaría al descubierto, o ser condenado por no probar la verdad de la información” (68)

Abundan las sentencias del TC sobre el secreto profesional del periodista y la necesaria diligencia en comprobar la verdad de la información. “El deber de diligencia, dice, en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información de dicho deber, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia también asume personalmente su veracidad o inveracidad...” (STC 172]1990. F3)

“Lo cual, -dice después- desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información...” (STC 123]1993. F4 y 5)

Y asimismo afirma que “... no se cumple ese específico deber de diligencia con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas

a fuentes oficiales o colegas del fallecido, en cuanto que, a este efecto, carece de relevancia la remisión a fuentes anónimas o genéricas” (STC 172]1990. F3)

No hay que perder de vista que el derecho a la información, bien jurídico protegido por el secreto, requiere la veracidad, y “es obvio que la CE no puede otorgar posición preferente al derecho a informar falsamente. Esto ha de entenderse así puesto que como se ha señalado la facilitación de información falsa contribuye paralelamente al error y, por consiguiente, a la deformación de la opinión pública.”(69)

Así pues el secreto debe mantenerse en la medida en que no impida la actitud búsqueda de la verdad, pues esta es la esencia de la noticia que debe difundir, y sin la cual (la verdad) no existiría aquella, la noticia.

De todo lo anterior se concluye que el periodista deberá conservar el anonimato de sus fuentes con un deber ético y moral. Debe proteger sus fuentes para seguir recibiendo información confidencial, y servir a la comunidad con ella, pues se debe al público. Se tratará en la mayoría de los casos de información que, de otra manera, jamás llegaría a conocerse.

En el fondo el secreto está protegiendo aquí la posibilidad de una prensa libre, y si el secreto profesional general del art. 24,2 CE, protege la intimidad, el secreto del periodista protege la información: el bien jurídico protegido aquí es la libertad de comunicación y el derecho a recibirla.

Justamente en el secreto profesional general, lo que se hace es recortar la información, puesto que no se debe dar a conocer, mediante el “deber de silenciar los contenidos de los secretos conocidos en el ejercicio de una profesión”, (70) en garantía del bien que se protege; en el caso del periodista, el secreto opera como garantía de la libertad de información.

Hay que tener en cuenta además que el derecho-deber del secreto profesional es referido solamente al periodista que obtiene la información, no a

cualquier periodista, ni al Director. Por otra parte, el secreto opera incluso frente a la empresa informativa según la definición del Consejo de Europa, que se refiere al secreto informativo en su doble sentido: "El secreto del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información a su empleador, a los terceros o a las autoridades pública o judiciales " y "El deber del periodista de no revelar públicamente las fuentes de las informaciones recibidas en confidencia" (Documento B (73) 73 de 18 de octubre de 1973

Concluyendo, el derecho a negarse a revelar la identidad de las fuentes informadoras, el derecho a no entregar los documentos, grabaciones u otro medio utilizado en la información difundida, son principios esenciales de ese secreto del periodista, y son también garantía de una información libre y veraz, fundamento de un estado de derecho.

Estamos pues, ante un secreto diferente, y así parece que lo ha querido considerar la CE, al regularlo en el art.20 y los demás secretos en el art. 24. Tal vez porque se ha pretendido protegerlo de forma especial. Pero ¿y la protección penal?

En nuestro CP no se contiene la regulación del delito por secreto profesional de los periodistas, solamente se contemplan los casos de los secretos de funcionarios y de empresas.

Hay una cierta referencia en el art. 412 en el que se deduce que se le exige la comparecencia ante los tribunales, al tratar del requerimiento por la autoridad competente dice en su punto 3, párrafo 3: "En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal..."; antes se expresaba así: "el perito y el testigo que dejaran voluntariamente de comparecer..." (art.372, párrafo 2 CP derogado).

El secreto profesional del periodista necesita, a nuestro juicio, una regulación legal, entre otras cosas por cuestiones de seguridad profesional del mismo informador. Es una garantía del ejercicio de la libertad de información y de

expresión. ¿Debería estar tipificado en el CP el secreto profesional del periodista como deber? “Se ha afirmado que la garantía de un eventual secreto- deber del periodista requeriría un tipo penal específico o, lo que es lo mismo, la garantía penal quedaría suscitada cuando se configura el secreto del periodista como deber.” (71) Pero en este caso lo que ocurriría es que la protección le sería otorgada a la fuente y no tanto al periodista.

Unir en un sólo tipo penal la defensa de diferentes bienes jurídicos, dado que el secreto no es un bien sino un instrumento técnico al servicio del bien correspondiente, es complicado, según Fernández -Miranda. “Inasimilables, pues, ambos tipos *secreto - deber*, se comprenderá que no pueden recibir un tratamiento común y que una eventual introducción en nuestro ordenamiento del deber jurídico del periodista a silenciar sus fuentes cuando así lo soliciten, nunca debería regularse a través de un tipo penal común con los secretos profesionales en sentido estricto”. (72)

¿Dónde buscar la protección penal del secreto profesional del periodista? Hay que buscarla, de una forma general, en la protección que el Código ofrece al derecho a la información. Sí podría el CP determinar el concepto de *profesional* - lo criticable es el hecho de que tipifique la violación de secreto profesional sin determinar qué entiende por *profesional*- y referirse al profesional de la información, con las debidas diferencias a la hora de tratar el secreto.

Por otra parte, se observa en el Código es cómo va trazando un perfil de quien difunda los datos, quien comunique, quien intercepte..., propio de un periodista, aun sin mencionarlo. Parece que la norma penal no hablase tanto de vida privada como de *no comunicación, de no difusión, de no dar a conocer...*, como si proteger la vida privada fuera solamente ponerla a salvo de los medios de comunicación. ¿No sería mejor aludir a ellos directamente y regular su actividad desde la tolerancia, como el mismo CP hace en otros lugares? “La ley penal,

expresó el siempre recordado Tomás y Valiente, puede ser interpretada con rigor o con benevolencia, con rigidez o con flexibilidad... "(73).

Finalmente, de este capítulo se desprende, también, que tomados sus preceptos de forma literal, el Código no resuelve la posibilidad de ejercitar el derecho a informar sobre determinados datos de la vida privada pero de interés público, y por tanto comunicables, sin cierto riesgo por parte del informador.

3.5.- Animo de lucro e información

El art.197, 6 establece que la pena se agrava cuando la difusión se realice con ánimo de lucro, que podría ser, genéricamente hablando, siempre en el caso de los informadores; en los actos informativos, el lucro puede estar presente siempre. Lo importante aquí sería evitar la comercialización de la información, pues "la información como deber no es la información como negocio", ha afirmado recientemente el profesor Desantes, añadiendo que si bien con el ejercicio de la información, como profesión que es, se gana dinero, "no se puede informar sólo para ganar dinero". (74)

En este punto volvemos a la reflexión hecha con motivo de "la calumnia e injuria mediante precio o recompensa" (art.213): el periodismo es un oficio remunerado. Tomado literalmente, toda publicación de noticias, también las molestas para alguien, será remunerada. Otra cosa es el trato especial de cambiar información por dinero, algo que está recogido dentro de la mayoría de los códigos deontológicos de la profesión como una grave falta y que, desde luego, no es habitual en los informadores. Sin embargo, dado que quienes difunde noticias son los periodistas, cada vez que el CP subraya la penalización de la difusión lucrativa, de alguna manera está pensando en el profesional de los medios de comunicación, de forma indirecta.

3.6.-Los datos informáticos

El CP aborda por primera vez en nuestro sistema penal la protección jurídica frente a las manipulaciones de datos personales que obren en ficheros automatizados. (art. 197, 2.) En la variedad de conductas se incluye el correo electrónico, cada vez más frecuente en la sociedad actual. Esta inclusión se hizo, según fuentes tomadas de la profesora Rosa Abad, a instancias de la Comisión de Libertad Informática (C.L.I.) con objeto de que las conductas llevadas a cabo mediante dichos soportes, cada vez más extendidos, no quedaran impunes, al no encontrar analogía en el CP. (75)

El Código intenta proteger la ingerencia injustificada en la vida privada por la manipulación de estos datos. El llamado delito informático puede encuadrarse, de alguna manera, en el nuevo CP ya que dicho cuerpo legal tipifica una serie de conductas delictivas mediante soportes informáticos o uso de la informática.

Se describe la utilización de datos reservados de carácter personal obrantes en ficheros automatizados. La Acción típica consiste en apoderarse, modificar, utilizar, acceder, alterar datos reservados. El elemento objetivo se refiere a datos de carácter personal o familiar. Cualquier información concerniente a las personas físicas identificadas o identificables

El tipo subjetivo implica actuar en perjuicio del titular de los datos.

Pero estamos con Marchena en que la novedad, no obstante, no está exenta de dificultades interpretativas. Dice el autor que la minuciosa descripción legal podría sintetizarse en uno de sus vocablos, a saber, *la utilización*. Quien se apodera, modifica, accede o altera, no hace sino *utilizar* aquellos datos. Además el vocablo *apoderarse* no resulta apropiado, toda vez que, en la mayoría de las ocasiones, aquellos datos tendrán una realidad inmaterial y por consiguiente difícilmente apoderable, en sentido material. (76)

El CP completa la legislación iniciada en diciembre de 1994, extendiendo el ilícito del descubrimiento de secretos privados, mediante escuchas telefónicas o grabación de imágenes, a otros supuestos, como el apoderamiento de documentos privados o de datos informáticos o contenidos en ficheros o archivos públicos o privados, haciendo así más efectiva la protección de la LO 5]82 de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. (77)

Aquí el apoderamiento de datos contenidos en ficheros o soportes informáticos no tiene por qué equivaler a la traslación física del soporte, sino más propiamente, a la aprehensión del contenido de la información. Se exige el elemento subjetivo de actuar en perjuicio "de un tercero o del titular de los datos, sin que sea necesaria la producción real del mismo para entenderse consumado el delito."(78)

Por el contenido, se considera agravante de la pena, en caso de que las conductas descritas afecten a datos de carácter personalísimos, (Art.197, 5) considerados especiales, a los que la LO 15]1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter Personal, ha llamado "datos especialmente protegidos" pero aquí no se gradúan, como hace la citada ley, estableciendo categorías de esos datos. Este apartado los llama conjuntamente datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual..., o se refieran al menor o incapaz.

El concepto de datos reservados " Concretamente el art. 7 de la LO 5]92 de 19 de octubre, reguladora del Tratamiento automatizado de datos (hoy sustituida por la LO 15]1999) LORTAD recoge los conceptos de "datos especialmente protegidos" y "datos de carácter personal" (desde el origen racial hasta los antecedentes penales) "(79)

Para la LORTAD -hoy LO 15]99 de 13 de diciembre sobre protección de datos de carácter personal- *dato de carácter personal* es "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables" (art.3.a) de ahí que si el legislador extiende el margen de protección penal a todos los datos de carácter

personal que definen la norma específica, no se entiende bien el añadido relativo - en proposición disyuntiva- a los datos de *carácter familiar*. "(80)

Como regla general, todos los datos de carácter personal a los que se refiere la LO 15]99 son, sólo por eso, reservados a efectos penales.

El avance tecnológico ha dado lugar a mayores posibilidades para las comunicaciones y la obtención de información, también por métodos ilícitos.

En la sociedad contemporánea se aprecia una continua amenaza a la vida privada de las personas y de las empresas, dado la evolución de la misma estructura social y, sobre todo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Hoy es posible llegar a hacer un retrato robot de una persona a partir de una muy fácil adquisición de sus datos personales. Un perfil determinado de cómo vive, con quién, cuánto gana, dónde veranea, etc... El desarrollo progresivo de las tecnologías y las posibilidades de acceder a datos personales son cada vez mayores y ponen la privacidad ante una indefensión no conocida hasta el presente.

Surgen nuevas modalidades de posibles vulneraciones de los derechos al honor, a la vida privada y a la propia imagen. "Las situaciones a las que dan lugar la creación, cesión, tratamiento de bases de datos en actividades informativas (...) las posibilidades de manipulación de imágenes (...) la generalización de sofisticados medios técnicos de captación, grabación, reproducción (...) y tantos otros aspectos que ponen en duda la capacidad de protección legal y que apelan directamente a los criterios éticos de los profesionales de la comunicación"(81) El Código intenta proteger la ingerencia injustificada en la esfera personal por la manipulación de estos datos, precisamente porque afectan a la personalidad.

En resumen, este artículo 197, en su totalidad, incluido su apartado 3º, resulta una mezcla difícil de digerir, una lista confusa de conductas, en el que se

mezclan categorías distintas de derechos, sin hacer la separación entre ellos que hace la misma LO1]82 de 5 de mayo . Si dicha ley, en su art. 7º los considera separadamente, no se entiende bien por qué el CP incluye en el mismo artículo esa cantidad de conceptos: intrusión, revelación, difusión, violación del derecho a la intimidad, a la vida privada, y a la imagen. Precisamente por esa incongruencia de ligar un derecho al otro puede quedar insuficientemente protegida, por encubierta, la vida privada. En realidad, todo este artículo 197 parece una repetición casi literal de la legislación civil referida a la protección de la intimidad (LO1]82 de 5 de mayo y LO 15]99 de 13 de diciembre)

La protección jurídica de los datos personales se presenta como un aspecto novedoso dentro de la tutela de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la información. Es una reacción a las nuevas amenazas fundadas en la impronta tecnológica. Desde este punto de vista consideramos un avance la mención especial de estos aspectos por parte de la ley. Dudamos, sin embargo, de la necesidad de su inclusión y pormenorización en el CP.

La redacción confusa de estos preceptos, como suele suceder en el resto del Código, así como la sintaxis no demasiado acertada, hacen que no sea fácil advertir a primera vista cuál es la materia penal prohibida.

Ya hemos apuntado cómo se presupone aquí una intencionalidad, un “animus” por parte del informador, que podría no darse en todo caso, pues lo lógico es que el periodista actúe para informar y no para descubrir; aunque para informar hay que descubrir previamente o aprovechar lo que otros han descubierto.

Nos inclinamos, por otra parte, a las opiniones autorizadas que no ven acertada la inclusión de estos supuestos en el CP, prefiriendo resolverlos por la vía civil. Las sanciones prescritas no favorecen la libre circulación de información. La libertad de expresión y de información constituyen un valor y un derecho para la

democracia, de ahí que haya que proteger la noticia. Estas medidas pueden servir para frenar el derecho fundamental de comunicar libremente hechos, ideas y opiniones, reforzando el castigo del ejercicio profesional del informador. Si acaso, dada la extrema gravedad de lo penal, considerarlas legalmente como subsidiarias de las medidas civiles.

- (1) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 108
- (2) González Ballesteros, T. "La jurisprudencia del TC en materia de libertad de expresión". Curso de Doctorado. Facultad de CCII. Madrid, 1996.
- (3) Desantes Guanter, JM. "Intimidad e información, derechos excluyentes", en *Nuestro Tiempo*. nº 213 Pamplona . 1972
- (4) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 108
- (5) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la Prensa de Madrid. Madrid, 1991. p. 107-108
- (6) Temprano, E. *El poder del secreto*. Ariel. Barcelona, 2002. p.28
- (7) Temprano, E. *El poder del secreto*. Ariel. Barcelona, 2002. p.29
- (8) (STC 144]1984 de 29 nov. FJ7)
- (9) Desantes Guanter, JM. Soria, C. *Los límites de la información*. Asociación de la prensa de Madrid. Madrid, 1991.p. 108
- (10) Moliner, M. *Diccionario del uso del español*. TomoII (H-Z) Gredos. Madrid, 1989. p.376
- (11) Desantes Guanter, JM. *Teoría y Régimen jurídico de la documentación*. EUDMA. Universidad. Madrid, 1987. p.375
- (12) López Garrido, D. García Arán, M. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario la texto y al debate parlamentario*. Dykinson, Madrid, 1996. p.115- 117
- (13) Marchena Gómez, M. "Delitos contra la Intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio". *Código Penal de 1995.Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada, 1998. p. 1112-13
- (14) VOX.D.L.E. Bibliograf. 1.edic. Barcelona. marzo, 1990 p. 593 y 1644
- (15) Moliner, M. *Diccionario del uso del español*. Tomo I (A-G). Gredos. Madrid, 1989. p.365
- (16) Fayos Gardó, A. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación* . Cuadernos y debates. nº 91. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000. p. 361-362
- (17) O'Callaghan, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad, imagen*. Edersa. Madrid, 1991. p.106
- (18) O'Callaghan, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad, imagen*. Edersa. Madrid, 1991. p.106

- (19) Desantes Guanter, JM., Soria,C. *Los límites de la Información*. Asociación de la Prensa de Madrid,1991. p.63
- (20) Azurmendi, A. *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p. 136-138
- (21) Miguel, Raimundo de. *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*. 24 de. Librería general de Victoriano Suárez. Madrid. 1976. p.340
- (22) Carreras Serra Lluís de la. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel derecho. Barcelona, 1996.p. 129
- (23) Carreras Serra Lluís de la. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel derecho. Barcelona, 1996.p. 129.
- (24) Morales Prats,F. *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*. Destino. Barcelona, 1984.p. 307
- (25) García Pablos de M. “El derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad”, en *Estudios penales*. Barcelona, 1984 p.389-391
- (26) García Pablos de M. “El derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad”, en *Estudios penales*. Barcelona, 1984 p.389-391
- (27) López Díaz,E. *Derecho al honor y derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Dykinson. Madrid, 1996. p. 223
- (28) LO18]1994 de 23 de diciembre por la que se modifica el CP en lo referente al secreto de las comunicaciones. Exposición de motivos. BOE nº307. p. 38669
- (29) Vera,JA.“Informar no es alarmar”, en *La Razón*. 6 de enero de 2001. p.5
- (30) López García,A. Presentación del Ciclo: “Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la Información”. 27 febrero-21 de mayo de 2002. Universidad Complutense
- (31) Desantes Guanter, JM.*La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 137
- (32) Desantes Guanter, JM.*La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 137
- (33) ManzanaresJl y Cremades,J.*Comentarios al Código Penal*. La Ley-actualidad.Madrid, 1996. p.87
- (34) Batlle Sales, G.*El derecho a la vida privada y su regulación*. Marfil. Alcoy, 1972. p. 59

- (35) Morales Prats, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Destino. Barcelona., 1984. p. 249-250
- (36) Vega Ruiz, JA. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 103
- (37) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 140-141
- (38) Jaén Vallejo, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex. Madrid, 1992. p.66
- (39) Marc Carrillo. *la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas* . Cuadernos Civitas, 1993
- (40) Carreras Serras LL. . *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel derecho. Barcelona.1996. p. 176
- (41) Pradera, J. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional*. Civitas. Madrid, 1993.p. 29
- (42) Fernández-Miranda Campoamor, A. *El secreto profesional de los informadores*. Tecnos. Temas clave de la Constitución Española. Madrid, 1990. p.146
- (43) Pradera, J. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional*. Civitas. Madrid, 1993.p.. 32.
- (44) Vega Ruiz, JA. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 104-105
- (45) Herrero Tejedor, F. *Derecho penal para profesionales de la información*. Eurolex. Madrid, 1995. p. 11
- (46) Batista González, MP *Medios de comunicación y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 27-28
- (47) Bacigalupo, E. "Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria", en Revista Española de Derecho Constitucional. mayo-agosto, 1987. p.89
- (48) Batista González, MP. *Medios de comunicación y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 27
- (49) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 148.
- (50) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 148.
- (51) Jaén Vallejo, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex. Madrid, 1992. p.68-69
- (52) Vega Ruiz, JA. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 103-104
- (53) Fernández-Miranda Campoamor, A. *El secreto profesional de los informadores*. Tecnos. Temas clave de la Constitución Española. Madrid, 1990. p.129

- (54) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p.137
- (55) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p.137
- (56) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 139
- (57) Batista González, MP. *Medios de comunicación y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 27
- (58) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 140-142
- (59) Cousido González, P. *Derecho de la comunicación impresa*. V.I. Colex. Madrid, 2001. p.102
- (60) Jaén Vallejo, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex. Madrid, 1992. p.63
- (61) Jaén Vallejo, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex. Madrid, 1992. p.63
- (62) Cousido González, P. *Derecho de la comunicación impresa*. V.I. Colex. Madrid, 2001. p.102
- (63) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p. 140-142
- (64) Carreras Serras Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel derecho. Barcelona, 1996 p. 172
- (65) Marc Carrillo. *la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas* . Cuadernos Civitas, 1993
p. 138
- (66) Pradera, J. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional*. Civitas. Madrid, 1993. p.35
- (67) Pradera, J. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional*. Civitas. Madrid, 1993. p. 36
- (68) Pradera, J. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional*. Civitas. Madrid, 1993p. 36
- (69) Batista González, MP *Medios de comunicación y responsabilidad penal*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 28
- (70) Batista González, MP. *Medios de comunicación social y responsabilidad penal*. Dykinson., Madrid 1998. p. 24
- (71) Batista González, MP. *Medios de comunicación social y responsabilidad penal*. Dykinson., Madrid 1998. p. 24
- (72) Fernández-Miranda Campoamor, A. *El secreto profesional de los informadores*. Tecnos. Temas clave de la Constitución Española. Madrid, 1990. p.46-47
- (73) Tomás y Valiente, F. "Ensayo para una historia de la tolerancia", *El País*, 29 de febrero de 1996. p.26
- (74) Desantes Guanter, JM. "Derecho de la información". Mesa redonda en el Ciclo: "Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la Información". 27 febrero-21 de mayo de 2002. Universidad Complutense

- (75) Abad, R. Curso de Doctorado: "Libertad informática y protección de datos personales. Bases de datos jurídicos. " Facultad de CCII. Universidad Complutense de Madrid. 1996
- (76) Marchena Gómez M." Delitos contra la Intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en *Código Penal de 1995.Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. p.1109, 1110 y 1111
- (77) Carreras Serra Ll. *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel derecho. Barcelona, 1996.p. 129
- (78) López Garrido, D. ; García Arán, M. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario la texto y al debate parlamentario*. Dykinson, Madrid, 1996. p.115- 117
- (79) López Garrido, D. ; García Arán, M. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario la texto y al debate parlamentario*. Dykinson, Madrid, 1996. p. 116
- (80) Marchena Gómez M." Delitos contra la Intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en *Código Penal de 1995.Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada, 1998. p.1109, 1110 y 1111
- (81) Azurmendi, Ana. *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.269-270

4.- Noticias contra la paz y la independencia del Estado

Otros preceptos del CP que pueden aplicarse a los medios de comunicación, y concretamente a la comunicación de hechos, son los relativos a las conductas de traición y contra la paz o independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional.

Precisamente es aquí donde el CP tipifica como delito la comunicación de una *noticia falsa*, algo que se echa de menos en otros lugares de su articulado y supone una de sus ausencias o lagunas. Ya se dijo que la falsedad, además de lesionar otros bienes, desinforma, atenta contra el derecho fundamental a estar informado, a conocer los hechos. Y que, precisamente porque atenta contra la verdad, lesiona la dignidad u otros bienes, en su caso, como el derecho a participar, que implica estar informado.

Desde este punto de vista, y con referencia a la falsedad, traemos aquí los siguientes preceptos: *desórdenes públicos*: “noticia falsa sobre la existencia de explosivos” (art.561); *Noticias que comprometen la paz o la independencia del Estado*: “ falsas noticias o rumores difundidas en el extranjero por un español, o por un extranjero en España” (art.594); *Contra el patrimonio y c ontra el orden socioeconómico*. “Difusión de noticias falsas para alterar el precio de las cosas” (art.284)

A la comunicación de hechos se refieren también los siguientes artículos del CP. *traición*: “noticia difundida en el extranjero por un español” (art.583), ó “noticia difundida por un extranjero residente en España” (art.586)

4.1.- Noticia falsa sobre la existencia de explosivos (art.561)

En el Título XXII del CP dedicado a los “delitos contra el orden público” se inscribe este art. 561 que dice así:

“El que, con ánimo de atentar contra la paz pública afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el

mismo efecto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis a dieciocho meses, atendida la alarma o alteración del orden efectivamente producida”.

El precepto se corresponde con los art. del CP derogado 249 bis y 135 bis.
art.249 bis:

“Los que, con ánimo de causar alarma afirmase falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan producir el mismo efecto serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas”

art. 135 bis f):

“El que comunicare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos o similares será castigado con pena de prisión menor”

En nuestro sistema jurídico español, el mantenimiento de la paz tiene su raíz en la misma dignidad de la persona. Si no hay paz, no hay comunicación. En la CE se declara, entre otras cosas, que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables (...) son fundamento del orden político y de la paz social” (art.10.1). En el mismo artículo se dice que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España” (art.10.2).

Algunos de esos tratados regulan también el mantenimiento de la paz y la seguridad del Estado. Así, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, consagra en su art.19.2 “la libertad de buscar, difundir y recibir información”, y a continuación establece que el ejercicio previsto en el párrafo 2 entraña deberes y *responsabilidades especiales*, pudiendo estar sujeto a ciertas restricciones para “la *protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*” (art.19,3 .b) -Las cursivas son nuestras-

En el mismo cuerpo legal se afirma que “Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley (art.20.1) y “Toda apología del odio nacional,

racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” (art.20.2) (1)

Asimismo el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa*, establece en su art.10, 2 que “El ejercicio de estas libertades, (la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones) que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, *para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”(2) -Las cursivas son nuestras-

A partir de estos documentos, la regulación, y en su caso, la restricción, de estas libertades de expresión y de información, por razones de mantener la paz y el orden social, fueron acogidas por la mayoría de los regímenes democráticos.

Todo ello avala las razones del sometimiento de la libertad de información a las responsabilidades recogidas en estos artículos del CP y referidas a la paz, el orden público y la seguridad del Estado. “La excepción a la libertad de difusión de mensajes que puedan alterar el orden público o la paz social encuentran así un sentido por la naturaleza de los bienes protegidos y no por el mero sometimiento al arbitrio de los poderes públicos”.(3)

En cuanto al artículo que examinamos, “noticia falsa sobre la existencia de explosivos”, se pueden apreciar dos novedades del CP actual respecto al derogado. En primer lugar, no se habla ahora del “ánimo de causar alarma” sino de “atentar contra la paz pública”. Se establece también la pena alternativa de prisión o de multa, *según la alarma o alteración producida*. La conducta consiste en afirmar la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto,

siempre que sea falso. Si es cierto, no se ajustaría a la conducta descrita en este artículo.

Además, se exige “un ánimo de atentar contra la paz pública como elemento subjetivo. No parece exigirse, sin embargo, la efectiva producción de la alarma o alteración del orden público” (4)

Tampoco se habla de móviles del autor, podría darse el caso de un móvil consistente en la broma o la burla, caso que para Muñoz Conde, no excluiría la culpa. (5)

4.2.- Falsas noticias o rumores difundidas en el extranjero por un español, o por un extranjero en España

Art.594:

1. “El español que, en tiempo de guerra, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos encaminados a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la nación, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. En las mismas penas incurrirá el extranjero que en el territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el apartado anterior”

En el CP derogado se decía:

Art.132: “El español que, fuera del territorio nacional, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos, desfigurados o tendencioso, o ejecutare actos de cualquier clase encaminados a perjudicar el crédito o la autoridad del Estado, o a comprometer la dignidad o los intereses de la nación española, será castigado con las penas de prisión menor, inhabilitación espacial y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas.

En las mismas penas incurrirá el extranjero que, en territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el párrafo anterior”

Este artículo está dentro de un capítulo referido a los delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado. El precepto alude al “crédito” del Estado y a los “intereses” de la nación, pero en realidad está implícito el concepto de seguridad del Estado, como en los demás preceptos de este apartado. Y la seguridad es causa y efecto de la paz. Es notable cómo este artículo toma como punto de partida la situación de guerra, que se caracteriza, precisamente por la ausencia de paz. La guerra, dice Marchena, “más que la independencia, lo que se pone en peligro es la seguridad del Estado en guerra, y con ella, la de los ciudadanos que lo integran. La entrada en vigor del nuevo CP ha representado una desaprovechada oportunidad para reducir la excesiva elasticidad de algunos tipos, cuya técnica sitúa la acción típica a excesiva distancia de las irrenunciabiles exigencias del principio de legalidad”. (6)

Sin embargo, a nuestro juicio tal vez el CP no se adapta a los tiempos presentes en su tono prescriptivo en estos preceptos, pues no tiene en cuenta las posibilidades reales de las telecomunicaciones, que no nombra para nada, sin embargo las utiliza en otros lugares de su articulado; se ignoran aquí algunas de las formas más sofisticadas de comunicación, cosa que no deja de resultar curiosa.

Desde el punto de vista informativo, que es el que nos interesa aquí, en estos dos preceptos (561 y 594 CP) , lo más destacable es el tema de la *falsedad*. El elemento subjetivo, la intencionalidad de perjudicar el crédito del Estado será siempre de muy difícil probanza.

Lo más grave de estas conductas está en su falsedad. Porque la noticia falsa desinforma y atenta contra el derecho fundamental, de la población y de las instituciones, a conocer la verdad de los hechos. La carencia de veracidad, o la falsedad de informaciones sobre la paz o seguridad del Estado pueden provocar el conflicto, la inseguridad y la alarma de los ciudadanos, sin motivo justificado, y

esto atenta de manera directa a los derechos fundamentales, y de manera especial al derecho a la información.

Pero la noticia falsa sería igualmente un atentado contra la población, individual o institucionalmente considerada, también en tiempos de paz -si bien la circunstancia de guerra aumenta el daño- porque lesionaría su derecho fundamental a recibir información veraz, base del Estado de Derecho. Nos parece que faltaría la alusión a la noticia falsa en tiempos de paz, una verdadera sanción a quien difunda falsas noticias o rumores.

Si la información fuera cierta las consecuencias serían otras y también la responsabilidad. En concreto la noticia sobre la existencia de explosivos (art. 561), de ser cierta, sería legítima y hasta objeto del secreto profesional. La información verdadera, en general, ya hemos visto que resulta imprescindible para la formación de la opinión pública y del pluralismo político, pilar de un Estado de Derecho. Por lo tanto, la protección del Estado nunca se deberá hacer a base de la limitación penal de determinados derechos fundamentales como el de informar, pues iría en contra de los principios que el mismo Estado establece en la CE.

4.3. -Difusión de noticias al enemigo por un español art.583.

El artículo 583 punto 3 está dentro del capítulo referido a los delitos de traición y contra la paz o independencia del Estado y relativos a la defensa nacional se refiere a la

“Será castigado con la pena de prisión de doce a veinte años:

3.- El español que suministrare al enemigo planos de fortalezas, edificios o terrenos, documentos o noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas”.

En el anterior CP, se decía.

art.122. “Será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo

4º. El español que suministrare al enemigo planos de fortaleza o de terrenos , documentos o noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas.

Debe tratarse de informaciones relevantes. Se incluyen aquí todos los soportes, no sólo el papel, informáticos, sonoros o audiovisuales, pues todos ellos incluirían la posibilidad de vehicular el mensaje, la “noticia”

Este apartado sanciona una forma particular de espionaje, dice Marchena Gómez, que luego se regula en el artículo 584. Por su parte el artículo 584 trata de las conductas consistentes en la falsificación o revelación de información reservada para favorecer a una potencia extranjera

art. 584: “El español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años”.

En el Código anterior no se menciona la “asociación u organización internacional”, y sin embargo se añadía la referencia a “las fuerzas armadas o industrias de interés militar”

Se da en esta conducta, junto a la comunicación de hechos o noticias, el ingrediente de la acción de falsear, es decir, desfigurar la noticia y, por lo tanto, producir el daño público que implica la desinformación. Va contra el derecho a

estar bien informado del ciudadano, en cuestiones de gran interés. Además, se relaciona este precepto con el espionaje.

Se trata de la revelación de materias clasificadas como secretas para favorecer a una potencia extranjera susceptible de perjudicar la seguridad nacional, “quedan fuera del tipo penal, dice Marchena, las conductas típicas respecto de informaciones secretas y aún clasificadas que por su contenido no puedan perjudicar la seguridad nacional” (7)

Se agrupan aquí verbos diferentes como son *falsear*, *utilizar* o *revelar* información. Es decir, la conducta incluye tanto a quien la falsea alterando su contenido, utilizándola con una motivación irregular, inutilizándola con su destrucción, o de cualquier forma que impida el logro de sus fines o revelándola a terceros. Es preciso que se dé la intención de favorecer a una potencia extranjera.

4.4.-Difusión de la información reservada en un medio de comunicación.

art. 599: *“La pena establecida en el artículo anterior (referido a quien “sin ánimo de favorecer a una potencia extranjera se procurare, revelare, falsear o inutilizare información reservada y secreta, relacionada con la seguridad nacional. “) se aplicará en su mitad superior cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:*

2º.- Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.

El Código derogado establecía la misma norma:

art.135 bis” *La pena establecida en el art. anterior se aplicará en su grado máximo cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:*

2º: Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.

Este artículo es el que de forma más específica puede aplicarse a los medios de comunicación. Es el caso de que la revelación de la materia clasificada consista en difundir lo que es secreto mediante la publicación en un medio de comunicación que garantice su difusión.

Sin entrar en el desarrollo del tema de los secretos oficiales, por no ser objeto de nuestro estudio, subrayemos sólo que existen informaciones clasificadas por ley como secretas, y que Ley reguladora de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por la L48]1978 de 7 de octubre, prevé la posibilidad de que una materia clasificada pueda llegar a los medios de comunicación, “en este caso se les notificará el carácter secreto o reservado” (art.9.2). No creemos, dice Carreras, que esto modifique la tesis sobre la consideración de delito penal de la revelación de temas que afecten sólo a la defensa. La notificación de materia clasificada a un medio de comunicación tendrá trascendencia en la esfera administrativa sancionadora pero no en la penal. Pero hay una excepción introducida en el CP de 1995, la información clasificada sobre energía nuclear, cuya revelación constituye delito (art.602)”(8)

La ley modificada, a pesar de suponer un avance, para Manzanares y Cremades “en la técnica de protección de los secretos oficiales y en la garantía de los demás derechos en juego -entre los que el derecho a la información ocupa un lugar protagonista- no resolvió problemas importantes como el de quién controla la legitimidad de la reserva y su duración” (9) Y para la profesora Cousido, se imponía la elaboración de una nueva ley de secretos de Estado “que recogiese las aspiraciones sociales -de la opinión pública, de la ciudadanía- y al menos que respondiese a pautas democráticas” (10)

Cuando el PP asumió el poder fueron elaborados dos proyectos de ley, uno en 1996 y otro en 1997, pero ninguno prosperó. Y hoy por hoy rige la LSO de 1978.

Relacionado con este tema, remitimos a estudios de los autores: Díez Picazo (11) Fernández Ramos(12); Lozano, B. (13) Sainz Moreno, (14) Cousido González,

(15) , (16) (17) Desantes Guanter, JM. (18), (19) Escobar de l Serna, (20) Bastida Freijedo, J.Villaverde Méndez, (21); Crespo Barquero, (22), entre otros.

En todo caso, la información debe primar. Hay que partir del siguiente planteamiento: en estos supuestos, lo normal será el principio de la publicidad, por la función misma que ejerce la información en un sistema democrático; la excepción será la el secreto.

La información, dice Desantes, proporciona un conocimiento necesario para el control y la participación pública. “Solamente cuando el conocimiento que la información facilitada pueda ser contraproducente para el bien común, se omite su causa, que es la información”(23)

A este sentido restrictivo se refiere también Jaén Vallejo, pues “de lo contrario -dice- el contenido esencial de la libertad de información y de expresión podría quedar afectado. Sólo en el caso de una verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, de la seguridad exterior del Estado”, entiende el autor la regulación penal del ejercicio de la libertad de expresión en relación con los secretos. (24)

Lo dice también la misma ley. “Es principio general la publicidad de la actividad de los órganos del Estado porque las cosas públicas que a todos nos interesan pueden y deben ser conocidas por todos”, se dice en la Exposición de Motivos de la LSO.

Y del mismo modo se pronuncia el TC cuando afirma que la libertad de opinión e información encuentra su frontera en la seguridad exterior e interior del Estado, “que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional sino el interés de la colectividad entera...” (STC 51]1985. FJ10)

El peligro está en abusar de este aspecto para restringir, por parte del poder constituido, las libertades fundamentales de expresión e información. Es esta una

tendencia natural de quienes dominan el sistema. En virtud de ello se puede impedir a los ciudadanos el conocimiento de asuntos de gran trascendencia para su propia vida y su participación pública, por ejemplo, nos referimos a determinados casos de corrupción política y social que se han pretendido mantener ocultos. Esto es violar el derecho a la información del ciudadano. Otra cosa es “difundir indiscreciones que al respecto pudieran producirse”, como bien afirma Terrón Montero. (25)

En uno y en otro sentido, no faltan ejemplos notables en nuestra realidad política, sobre todo de hace unas décadas.

El precepto que examinamos, art. 599, alude a conductas del anterior art. 198. Se recogen aquí posibilidades diversas. : procurarse, falsear, revelar o inutilizar información . ¿Sería delito “descubrir” casualmente? “procurarse” significa conseguir, “hacer diligencias o esfuerzos para conseguir lo que se desea” (26), es decir, lograr lo que se busca. “El mero descubrimiento casual, dice Marchena, no sería, por sí sólo, delictivo, pues gramaticalmente procurarse es conseguir o adquirir algo, esto es, obtener aquello que se busca o se desea, al margen de que el sujeto ha de captar con dolo el carácter clasificado, y por tanto, no divulgable, de la información de que se trate”.

Además, para algunos autores, el verbo revelar, verbo de resultado, permite también la comisión por omisión de este delito cuando es fruto dicha revelación de la pasividad de quien debiera impedirlo. (27)

Se trata de una determinada información difundida por medios técnicos, específicos, utilizados por profesionales de la información.

Así que “la difícil fijación de un punto equilibrado entre el interés estatal en la exclusión de terceros no autorizados y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz -art.20CE- exigirá una individualizada ponderación jurisdiccional de los intereses en juego, pudiendo llegar a actuar este último derecho como verdadera causa de justificación” (28)

Todo este apartado se refiere a un deber de fidelidad y de respeto del ciudadano para con el Estado a que pertenece. Sería un error confundir este respeto y negar a los ciudadanos informaciones que deberían conocer y se les oculten mediante un ejercicio de poder.

Que la seguridad del Estado hay que protegerla es obvio, pero ello no quiere decir que no se pueda y se deba poner en cuestión determinados aspectos de su funcionamiento. Para ello es imprescindible el respeto a los derechos individuales de los ciudadanos, que es en realidad lo que da legitimación al mismo Estado. En todo caso, no se puede asegurar la defensa del Estado a costa de estrechar la ley penal pues en el fondo no daría resultado. Además, sería una incongruencia con el principio de mínima intervención que proclama el CP en su Exposición de Motivos.

Habla aquí el Código de la información difundida en un medio de comunicación que ponga en peligro la seguridad nacional, pero no aclara en qué términos ha de entenderse este último concepto. Falta, a nuestro juicio, una mayor precisión que no dejase la puerta abierta, una vez más, a la interpretación del juez en cada caso. El Código peca de subjetivismo también en este capítulo.

La información es un bien de todos y es imprescindible para la participación de todos en la vida pública, siempre que de esa información no sea improcedente porque de ella se desprenda un daño para la comunidad. De la libertad de información, como de todas las libertades, es posible abusar pero no el abuso nunca debe volverse contra el bien del que se abusó.

5.-Difusión de noticias falsas para alterar el precio de las cosas en el mercado.

Art.284:

“Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos, valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos”

El CP derogado decía:

Art. 540: “ Serán castigados con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño, o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrán de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueron objeto de contratación”.

El artículo se refiere al interés de los consumidores y su posible lesión. El derecho de los consumidores y usuarios a una información veraz es un derecho básico recogido en nuestra CE así como en otros textos legales.

La defensa de los consumidores está contemplada en el art. 51CE:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en cuestiones que puedan afectar a aquéllos en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

Asimismo, la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 26/84 de 29 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) establece como derechos básicos de los consumidores: “La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute...” (art. 2. 1 d).

Y respecto al derecho a la información dice la citada ley en su art. 13: “1. Los bienes, productos, y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y, al menos, sobre las siguientes: d) Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio...”

También el art. 17 de esta ley dispone que los medios de comunicación social de titularidad pública dediquen espacios y programas “a la información y educación de los consumidores y usuarios”. Las infracciones en materia de consumo serán objetos de sanciones administrativas, civiles o penales (art.32) y Se consideran infracciones en esta materia “la obstrucción o negativa a suministrar datos o a facilitar las funciones de información, vigilancia o inspección.” (art. 34. 8)

-Los subrayados son nuestros-

Relacionado con este asunto, y en opinión de Moreno Cánoves, el artículo 384 del CP “constituye una de las piezas, acaso la de mayor radio de alcance, que integran la estructura normativa de protección penal de los elementos condicionantes de la formación de los precios, en un sistema de mercado (art.38

CE) (29). A este tenor, el art. 38CE establece: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

Existe una semejanza grande entre los preceptos de ambos códigos, CP nuevo y CP derogado. Ambos artículos se refieren al interés público consistente en la no manipulación de las reglas de mercado, y al interés de los consumidores que se lesiona. Pero se pueden destacar algunas novedades.

El nuevo CP suprime la expresión “O usando de cualquier otra manipulación” y añade “la utilización de información privilegiada” aunque, en el art. 284 no se hace referencia a la posición profesional de quien utiliza la información privilegiada, por lo que el delito puede cometerlo cualquiera, siempre que la información tenga objetivamente tal carácter”(30) Dice Marchena que con la expresión “información privilegiada” se gana seguridad jurídica, pues se determina más el tipo penal. (31)

“La redacción del nuevo delito descrito en el art.284 del CP de 1995, afirma el TS, restringe el tipo... a los casos en los que la conducta de intento de alteración de los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia, se realice mediante las formas comisivas que taxativamente se expresan: difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño o utilización de información privilegiada, excluyendo la anterior fórmula abierta de utilización de cualquier otra maquinación, termino que ya ni siquiera se emplea”

(STS 26 de abr. 1997 F4º)

Así pues, con el nuevo artículo 284 “sólo podrán ser objeto de punición los intentos de alteración de precios que habrían de resultar de la libre concurrencia siempre y cuando se llevan a efecto a través de los medios comisivos que taxativamente se expresan en la norma aludida” (32)

Si se utilizaran otros medios, habría que estar a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, (33) que dice en su art. 1º. “Se prohíbe todo acuerdo o decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en: a) La fijación de forma directa o indirecta del precio o de otras condiciones comerciales o de servicio...”

Y también lo dispuesto en la La Ley 3]1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, que en su art. 17 califica como desleal la venta que pueda inducir al error a los consumidores acerca de los precios, cuando desacredite la imagen de un producto o establecimiento ajeno, o pretenda eliminar a un competidor.

También la Ley 26]1984 de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes citada, que dispone en su art. 34.5 “Se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios... 5. El incumplimiento de las normas reguladoras de los precios... o cualquier otro tipo de intervención o de actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales”. Esta ley ha de ser complementada por el Real Decreto 1945]1983, de 22 de junio, relativo a la defensa del Consumidor y de la Producción Agroalimentaria, según establece la Disposición Final Segunda de esta misma norma.

No debemos entrar en el análisis del aspecto económico del delito, de suma importancia, por no formar parte del objeto de nuestro estudio. Sí remitimos algunos autores, como Bajo Fernández (34) Bustos Ramírez (35), (36); González Rus (37) Rodríguez Devesa y Serrano Gómez (38), entre otros.

La conducta descrita consiste en la intencionalidad de alterar el precio de las cosas mediante la falsedad, que, como hemos repetido, es el máximo ataque a la

información. “la difusión de noticias falsas incide en la actividad de información general, cuyos máximos valores son la objetividad y la veracidad” (39)

En cuanto a las noticias, que es lo que interesa aquí, debe ser falsa, pues si fuera verdadera y se difundiera para alterar el precio de las cosas, no sería este supuesto aunque se alteraran efectivamente, apostilla González Rus. (40)

El nuevo código suprime el adjetivo de “tendenciosas”, antes alternativas a las “falsas”. Por supuesto, se trata de dos cuestiones diferentes que, a nuestro juicio, no deberían haber estado unidas por la conjunción disyuntiva, “o”, pero en todo caso, ha sido eliminado del nuevo CP. La eliminación del adjetivo “tendenciosas” significa para Suárez González que las informaciones parcialmente veraces no entren en la tipicidad del art. 284CP. (41)

Aunque, como ya se ha dicho repetidamente en estas páginas, la noticia parcialmente verdadera resulta del mismo modo manipuladora de la verdad, es decir es falsedad; pues verdad es sólo una, y la no verdad es múltiple, como afirma el profesor Desantes. (42)

Como se habla de difusión de noticias falsas, debe tratarse de la actividad propia de los medios de comunicación. Estamos con Martín Pallín a quien resulta insuficiente para determinar la tipicidad, el rumor esparcido boca a boca en un reducido número de personas; el impacto sobre el mercado, dice, requiere para su efectividad la inserción en un medio de comunicación. (43)

Por otra parte, se desprende del artículo que no importa tanto el resultado: basta el intento de alterar los precios, se consiga o no. Se trata, dice Brage Cedán, de un “delito de consumación anticipada, entendiéndose por tal aquella infracción en la que la punibilidad se retrotrae al momento en que se lleva a cabo el comportamiento contemplado (...) sin que sea necesaria su efectiva verificación” (44)

El sujeto activo puede ser cualquiera que lleve a cabo la conducta descrita, pero el sujeto pasivo es la colectividad, en cuanto que titular directa del bien

jurídico protegido por esta disposición. Para Moreno Cánoves y Ruiz Marco, es la colectividad la titular directa del interés general en el respeto a la libre competencia y la formación de los precios. Por lo tanto, este delito afecta a intereses generales. (45)

La noticia falsa siempre va contra la sociedad, contra los ciudadanos. El interés general, el interés de la colectividad, de los consumidores y usuarios, en primer lugar, pero no sólo, es el bien lesionado en estos casos. Como se produce través de una noticia falsa, también resulta lesionada el derecho fundamental a la información veraz.

6.-Libertad de información e instituciones del Estado.

El CP tipifica también como delito ciertos comportamientos que se derivan del ejercicio de la libertad de información y de expresión dirigidos a lesionar la estabilidad de las instituciones del estado. Entre estas conductas y referidas siempre a la comunicación de hechos, objeto de nuestro estudio, encontramos las descritas en el art. 490,3 y 491: Calumnias e injurias al Rey y Familia Real, y en el art.504: Calumnias e Injurias al Gobierno de la nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o al Consejo de Gobierno, o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

No se trata aquí tanto de proteger el honor de la persona que representa la institución sino de proteger la estabilidad de la propia institución. Se trata más bien de sancionar aquellas conductas que puedan lesionar la estabilidad del Estado democrático en sus más altas instituciones públicas, estatales o autonómicas.

El Código no recoge, sin embargo, conductas delictivas contra instituciones privadas.

6.1.-Difusión de calumnias e injuria contra la Corona.

Art.490, 3:

“El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son”.

En el antiguo CP se decía respecto de estos delitos

Art. 146: *“Se impondrá la pena de prisión mayor:*

1º Al que injuriare o amenazare al Jefe de Estado en su presencia.

2º Al que invadiere violentamente la morada del Jefe del Estado”.

Art. 147: *“Incurrirá en la pena de prisión mayor el que injuriare o amenazare al Jefe del Estado por escrito o con publicidad fuera de su presencia. Las injurias o amenazas inferidas en cualquier otra forma serán castigadas con la pena de prisión mayor, si fueran graves, y con la de prisión menor, si fueran leves.”*

Art. 148: *“Los delitos previstos en los artículos precedentes de esta sección, cometidos contra el sucesor del Jefe del estado o heredero de la Corona serán castigados con las penas que los mismos establecen para cada caso*

Art. 148 bis: *“Los Tribunales, apreciando las circunstancias del hecho y del culpable de cualquiera de los delitos comprendidos en esta sección, así como su condición social y situación económica, podrán imponer, además de las penas señaladas, las de multa de 100.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación absoluta o especial.*

Igualmente podrán los Tribunales, atendidas las mencionadas circunstancias del hecho y del culpable, rebajar en un grado las penas establecidas en los artículos correspondientes”

Antes de entrar en el contenido de este precepto, es necesario hacer una observación que hemos venido reiterando a lo largo de este estudio, y es la siguiente: de nuevo el CP parece confundir la calumnia con la injuria, siendo dos conductas delictivas sustancialmente distintas. Al unir aquí con la conjunción disyuntiva "o" ambos extremos se les está dando idéntico tratamiento. Es este un importante defecto del Código en tanto que la injuria consiste en un juicio de valor y menosprecio, mientras que la calumnia es la imputación de un hecho falso, que además es delito. No creemos, por tanto, que deban introducirse ambos en "el mismo paquete", como sucede en el art. 490,3.

Pero hay más. Hace este artículo, en sus líneas finales, una distinción entre la gravedad o no gravedad, "si la calumnia o injuria fueran graves-", que pensamos no se podrá aplicar nunca a la calumnia, puesto que la imputación de un delito falso, siempre será grave.

"la calumnia se reputará siempre grave." (46)

En este sentido se pronuncia también Reig Reig cuando destaca "un desliz cometido por los redactores de la formula legal", referido a "la afirmación de la existencia de las calumnias que no sean graves, olvidando que al ser aquella infracción contra el honor la imputación de un delito -no de una falta-, y al no distinguir el Código en el correspondiente Título entre calumnias graves y no graves, reflejar esta distinción inexistente es por demás inadecuado e impropio." (47)

Así pues, este precepto estima la injuria y la calumnia como conductas igualmente punibles, sin distinción entre ambos tipos. Es decir, según este artículo, a efectos penales sería lo mismo la imputación de un falso hecho delictivo al Rey, Familia Real, Regente o Heredero, que la expresión injuriosa, el insulto que lesiona su dignidad. Lo que ocurre es que el Código, ya lo criticamos en su lugar, considera una figura impropia que es la injuria consistente en

comunicación de hechos, y desde este equívoco derivan la confusión entre ambos tipos penales.

En varios lugares del articulado se sigue hablando de forma similar de calumnias e injurias, en el fondo por no acertar a distinguir entre lo que son hechos y opiniones, es decir, noticias y comentarios o juicios. Y, sobre todo, no ponderar suficientemente el ingrediente de la falsedad de lo comunicado -en el caso de la calumnia- como una ofensa a la sociedad por cuanto se le está privando de conocer los hechos tal y como son, y restándoles su derecho a conocerlos. El daño de la falsedad es incomparablemente de mayores consecuencias que los otros. Además, y precisamente la calumnia es delito porque lo que se dice es falso, sino, dejaría de serlo. pues “la ley no ampara el deshonor provocado por los propios actos” (STC 50/83 de 14 de junio)

Dejando esto por sentado, comentamos otros extremos de este precepto.

La realidad es que según el art. 490.3 CP el que cometa calumnia o injuria contra alguna de las personas indicadas “en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la multa de seis a doce meses si no lo son”.

Un ejemplo ilustrativo, de aplicación del art.490.3 y de relativa actualidad, es el siguiente, referido a una información de un diario madrileño: El diario *El Mundo*, 17 de noviembre del 2000, p. 8, contiene a toda página una noticia con el siguiente titular: “El PP denuncia que un magazine de ETB-1 identificó al Príncipe con un “ave carroñera”. Se trataba de una emisión de dicho programa con motivo de la visita del Príncipe para inaugurar la nueva terminal en Sondika, aeropuerto bilbaíno. “el locutor, se dice en el texto, enlazó una noticia, -que no guarda relación con la información aludida (sobre tres buitres que han sido enviados desde la localidad vizcaína de Gorliz a un municipio italiano, por estar esta especie en aquel país en peligro de extinción), con la cobertura informativa de la visita del

Príncipe al País vasco". En dicho espacio, una voz en *off* afirmó: "Este otro - introduciendo ya imágenes del heredero de la corona- ha venido volando" (...) Tras pasar la mañana en Vizcaya, éste, como otros buitres, se ha ido al mediodía al zarzal, es decir, a la Zarzuela".

El parlamentario popular Carlos Urquijo calificó la "noticia de injuriosa".

En el mismo sentido, véase El Mundo 22 de mayo de 2001, p. 9, junto a la noticia de titular: "Arzallus acusa a los pacifistas de cobrar de los fondos reservados", se adjunta el subtítulo: "El líder del PNV, en la entrevista a la revista *Proceso*, también llamó "tonto" al Rey".

La pregunta de la entrevista aludida, según este diario era la siguiente: "Usted cree el Gobierno le escribe los discursos al Rey? A lo que Arzallus respondió: "Eso sí, pero es "tonto", aunque se los escriban, que los lea antes para no decir "tonterías".

' En este caso, los afectados por esta declaración - ¡*Basta ya!*, *Foro de Ermua y Fundación Miguel Ángel Blanco*-- estudian querellarse contra el presidente del PNV por "delito de calumnias".

Pudieran presentarse situaciones que no están reguladas aquí, por ejemplo, nada se dice sobre la *exceptio veritatis*, si bien, como opina Reig Reig, "la nueva norma fruto del Código de 1995 reflejada en el art.210 (la prueba de la verdad de las imputaciones cuando estas se refieran a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones) suscita la duda sobre la aplicación de la misma en los supuestos apuntados, no menos que las explicaciones satisfactorias del art.214, (sobre la retractación) de posible aunque dudosa efectividad." (48)

" No sería inadecuado pensar que es plenamente aplicable por ser un elemento esencial del tipo delictivo", dice Carreras (49) Pero la *exceptio veritatis* se reconoce en el CP cuando el sujeto agraviado es la Asamblea legislativa, las Cortes generales, (art. 496), el Gobierno de la nación, el CGPJ, el TS , el TC (art. 504) los

ejércitos, clases o cuerpos de seguridad (art 505) pero no en el caso de la Corona y Familia Real (art.490)

Se pone aquí de manifiesto una situación dudosa, a la hora de aplicar el precepto.

También resulta de dudosa aplicación el art. 215 referido a la perseguibilidad de estos delitos a instancia de parte, excepto cuando la ofensa se dirija contra funcionario público en el ejercicio de sus funciones, que bastará la denuncia.

El texto derogado hacía una distinción respecto a las injurias y amenazas la hora de establecer la pena según las injurias o amenazas se llevaran a cabo “en la presencia del Jefe del Estado o sin ella.” El nuevo Código no asumió esta fórmula y en su lugar, formula la circunstancia de “el ejercicio de sus funciones”.

Según este planteamiento, podríamos preguntarnos qué ocurre en caso de que la calumnia o la injuria no se produzcan en el ejercicio de las funciones de estas personas sino como sujetos privados. Esta situación la intenta recoger el artículo siguiente, art. 491,1.

Surge también la cuestión de si podría perdonar el ofendido como persona particular, o su situación pública le impide ejercer el perdón. “Si se toma como punto de partida la consideración de ser la ofensa, en cualquiera de sus formas, una manifestación expresamente dirigida contra la personalidad, de hondo significado en la vida social y constitucional, es clara la analogía con aquellas ofensas inferidas a clases del Estado respecto de las que se diluye el significado privado de estos delitos. Quizás pudiera ser distinta la solución en el caso de revestir la calumnia y la injuria un aspecto totalmente particular y privado” (50)

Tampoco se hace ninguna referencia a la agravante de la publicidad: esto es, de las calumnias e injurias llevadas a cabo por escrito y con publicidad, siendo precisamente la difusión en un medio de comunicación la forma más apropiada, y a la vez, peligrosa, para hacer llegar a la opinión pública este tipo de ofensas o agravios a estos determinados personajes de la vida política. “¿podría

considerarse, no obstante, que este extremo es indiferente a efectos penales? No lo parece, dados los repetidos casos en los que a prensa (en general) se ha visto involucrada. ¿Hay que recurrir al art. 211 (calumnias e injurias hechas con publicidad)? Si es así, ¿por qué no consta aquí la referencia a tal precepto?

No existe un tipo agravado por el sujeto pasivo, “ El vigente CP distingue entre la institución y la persona que la representa, que en todo caso queda protegida por los tipos relativos a los delitos de calumnia e injuria, sin que exista un tipo agravado por razón del sujeto pasivo del delito.” (51)

Finalmente, hay que criticar la reiteración de designaciones personales en este artículo y, desde luego, parece predisponer a la crítica. El fundamento del delito consiste en el respeto a la más alta institución, a la que se rinde mayor consideración que a los ciudadanos en general. Pero, en el caso del Rey no encaja demasiado con la inviolabilidad que se le asigna. Así lo expresa Vicente Reig al referirse a “la inclusión de la posible calumnia dirigida a estas personas que, para el caso concreto del Rey se antoja de difícil asimilación en base a la postura tradicional, hoy asimismo recogida en la CE, de su inviolabilidad”. (52)

En cuanto al conflicto posible entre el derecho al honor y a la libertad de expresión e información, aplicado a estos casos, habrá que acudir una vez más a la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, cuando considera que los derechos consagrados en el art. 20 no sólo son derechos fundamentales sino que significan el reconocimiento y la garantía de la función pública, tienen valor prevalente sobre el derecho al honor, excepto en aquellos casos que afecte a la dignidad de las personas.

El TC afirma que “Las noticias y las opiniones encuentran un límite indiscutible en la seguridad interior y exterior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas.” (STC 51/1985 F10)

Pero también sostiene que “conviene salir al paso de la manifestación que el actor hace en su demanda en lo concerniente a que el artículo periodístico contiene una crítica a la institución de la Monarquía, no personalizada en el Rey y que, en consecuencia, (...) estarían en juego otros valores como los del prestigio y la dignidad de la institución, de más débil protección que el derecho al honor”(STC 19]1992 F 2,y 3)

No obstante, y precisamente por el carácter de gran relevancia pública que poseen estas personalidades, parece lógico, de otra parte, pensar que deberían estar sometidos a una mayor posibilidad de crítica social.

Art. 491. 1. “Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses”.

El apartado primero se refiere a las calumnias e injurias llevadas a cabo fuera de los supuestos previstos en el mismo, es decir las ofensas que han tenido lugar prescindiendo de las funciones del sujeto pasivo.

En primer lugar este artículo prescinde de la distinción entre grave y leve que hace el inmediatamente anterior, al que, sin embargo alude (si bien, como se ha apuntado, la injuria puede ser leve o grave pero la calumnia siempre es grave)

Otro punto poco explicable es el que las penas sean aquí distintas a las establecidas en los delitos de calumnia y de injuria del Capítulo X , ya examinado. “estas calumnias o injurias que reciben un sentido especialmente particular, al margen del significado y de la posición de los ofendidos y ello encuentra fundamento en la levedad de las sanciones fijadas que llegan, y aquí reside otra nota censurable, a ser inferiores a las penas fijadas en los artículos concordantes de estos delitos del Título XI”. (53)

También apostilla Carreras que “la tipificación de la injuria leve a la Familia Real como delito -para los particulares es sólo falta- supone una dureza tan criticable como desproporcionada. Difícilmente una ofensa de este tipo pondrá en peligro el crédito de la Corona”. (54) En realidad no queda claro por qué si en el caso del ciudadano corriente las penas por calumnia son mayores que las de la injuria, aquí, referidas a la Corona, se consideran de idéntica gravedad. En todo caso, no es de nuestra competencia enjuiciar este punto; sólo dejar constancia de su poca claridad.

6.2.- Difusión de calumnias e injurias contra las instituciones del Estado

Los artículos 504 y el 505 se refieren a las conductas anteriores, calumnia e injurias contra el Gobierno de la nación y altas instituciones de la misma.

Art. 504. “Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los artículos 207 y 210 de este Código.”

El CP derogado decía:

Art. 161: “Incurrirán en la pena de prisión mayor:

1º Los que injuriaren, calumniaren o amenazaren gravemente al Regente o regentes, al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al tribunal Constitucional, al

tribunal Supremo o a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas...”

Art. 162: *“Cuando la injuria o amenaza de que se habla en el artículo precedente no fueren graves, se impondrá al culpable la pena de prisión menor”.*

Art. 505 del nuevo CP:

“Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con pena de multa de doce a dieciocho años.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el artículo 210 de este Código”.

El Código derogado decía:

Art. 242: *“Incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos o a sus Instituciones, Armas, Claes o Cuerpos determinados.*

Quando las injurias o amenazas a que se refiere el párrafo anterior no fueren graves se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 250.000 a 500.000 pesetas.”

Estos artículos son de similar contenido a los anteriormente comentados. Como antes se señaló, aquí sí se contempla la *exceptio veritatis*, en la referencia a los arts. 207 y 210 de este Código.

Se observan en el texto actual algunas modificaciones. En primer lugar, se rebaja la pena de prisión mayor a la de multa, se refiere a un mayor número de instituciones, y se contempla la *exceptio veritatis*, tanto para la calumnia como para la injuria. (Aunque realmente resulta una contradicción en el caso de la injuria, pues al no recaer sobre hechos, la comunicación no es comprobable). Si bien la exención de la responsabilidad por la aplicación de la *exceptio veritatis*, en este artículo así como en el 505, para Carreras, “ persigue la transparencia de la

actuación de los poderes públicos". (55) No podemos estar de acuerdo con el autor por cuanto el art. 210 -del que parte el que analizamos- nos parece un precepto discriminatorio y confuso porque establece de forma complicadamente la *exceptio veritatis* en caso de injurias

Un hecho ilustrativo, en relación con el tema de la prueba de la verdad, podría ser el sucedido en 1983 -y por tanto con el antiguo Código vigente- referido al caso Castell (un senador de HB que publicó en un artículo injurioso e insultante en el semanario *Punto y Hora Euskalerrria*, en el que imputaba al gobierno español de ser instigador o encubridor de determinados asesinatos.) Según el juez Marino Barbero, el Fiscal se querelló contra Castell por injurias al gobierno y "pese a que la defensa de Castell invocó la prueba de la verdad y que se trataba de una denuncia y crítica política sin ánimo de injuriar, no se admitió dicha prueba por ser inadmisibles la prueba de la verdad en las injurias al Gobierno y considerar que el ánimo de crítica no desplaza el *animus injuriandi* ...

El TC entendió que la libertad de expresión o información puede ser restringida en aras a la seguridad del Estado frente a intento de desacreditar las instituciones democráticas y que la cuestión de admisión de la prueba compete únicamente al TS" (56)

El TEDH consideró que las sentencias españolas habían violado el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos relativos a la libertad de expresión... para esta instancia, aunque puede limitarse la libertad de expresión, los límites son más amplios en la crítica al gobierno por la opinión pública o por la prensa. Si se podía haber probado la veracidad de muchas afirmaciones y se niega tal posibilidad, se está violando la libertad de expresión de forma innecesaria. (57)

Se desprende de estos artículos que el legislador admite, de alguna manera, la calumnia contra las instituciones. El TC se ha pronunciado de forma reiterada sobre la consideración del honor de las instituciones. Y afirma, partiendo del concepto personalista de honor, que " el honor es un valor referible a personas

individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto a los cuales es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, (...) y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión e información debe asignársele un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública" (58)

El principio debe ser la libertad de comunicar. El derecho está al servicio de la libertad. Dice Solozábal que un hombre a quien se impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente; "sí se le puede hacer callar si con sus expresiones o informaciones lesiona sin fundamento otros bienes jurídicos". (59)

El conocimiento que proporciona la información es necesario para la participación el control y la opinión pública "solamente cuando el conocimiento que la información proporciona pueda ser contraproducente para el bien común, se omite su causa, que es la información", como se ha dicho. (60)

Tengamos en cuenta que la crítica a las instituciones y al Gobierno por parte de la prensa, necesaria si se ejerce dentro de la rectitud debida, es también perseguida con graves acusaciones por quienes, afines al gobierno en curso, no desean permitir su desprestigio. Lo expresaba el Director del diario El Mundo, en un artículo de 15 de marzo de 1998, titulado "La degradación del periodismo", en el que decía entre otras cosas: "No es una sorpresa que en el ámbito de la prensa se esté llegando por vía de acumulación a un paroxismo sin precedentes en las campañas de descalificación personal de cuantos podemos ser asociados con el descubrimiento o denuncia de la corrupción o el crimen de Estado (...) lo más desagradable de todo es el diario envilecimiento de la función social de la prensa porque no sólo afecta al oportunismo de opiniones (...) sino que subvierte la más elemental jerarquización de los hechos". (61)

Por otra parte, el TC justifica la regulación de estas conductas informativas por la vía penal. Dice que “es claro que el delito previsto en el art. 161 (sustituido hoy por el 504 que examinamos) ha de ser considerado en relación con el derecho a la libertad de expresión del art.20CE en la medida en que este artículo viabiliza la libertad de información de hechos o de noticias, la libertad de crítica política y la libertad de difusión ideológica. En este sentido hay que admitir que la legislación de carácter penal constituye una vía idónea para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (...) y que es constitucionalmente legítima en tanto se respete el contenido esencial del derecho, que en nuestro caso, es el de la libertad de expresión e información. En este derecho no es lícito involucrar lo que es libertad de información de hechos y de noticias y lo que es objeto de crítica política y de difusión ideológica” (62)

“Una y otra línea del derecho,-las noticias y las opiniones- encuentran un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer (...) en la medida en que estas instituciones son expresión de solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política; desde esta perspectiva parece claro que tales violaciones de deberes pueden ser sancionados con normas penales” (63)

Una vez más, los límites entre lo permitido y lo prohibido no dejan de estar difusos, -así lo expresa Vega Ruiz, y en ello sí estamos de acuerdo- al hablar de quienes ejercen funciones públicas, del necesario y prevalente derecho a la información y de la no menos necesaria restricción del derecho de aquellas personas públicas, al honor y a la vida privada. Pero siempre con un equilibrio, y aquí está el problema: ¿Cuándo o dónde está la línea de separación entre lo permitido y lo prohibido? ¿Cuándo la reputación ajena precisará de las medidas

necesarias en una sociedad democrática? ¿Cuándo, al fin, la ingerencia será desproporcionada a la legítima finalidad perseguida? Interrogantes que según este autor habrá que examinar en cada caso concreto, partiendo de un equilibrio racional porque “es peligroso dogmatizar genéricamente, porque puede organizarse una corriente que poco menos elimine la posibilidad, desde otra vertiente, de limitar lo que es, sin lugar a dudas, un legítimo derecho a la información; que sin excepción se diga, por otra parte, que quien ejerce función pública, vida política o social, ha de soportar el ataque, incluso a su vida familiar o a su honor, repetimos, que también nos parece un peligro” (64)

“Los personajes públicos estamos sujetos a la crítica pero también la honor”, afirmaba el presidente de un club deportivo, en Diario 16, de 4 de abril de 1990, página 37, en relación con un famoso juicio en el que, en la instancia y según la sentencia todavía no firme, se absolvió al procesado de delitos de calumnia contra el autor de la frase entrecorrida arriba.

La cuestión es que esa línea de separación entre lo permitido y lo prohibido está en la práctica en manos del Tribunal Constitucional y en su ponderación caso por caso. Pero el TC no siempre se ha definido con la misma claridad, como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, e incluso, en ocasiones, llega a ser contradictorio, por ejemplo, en el caso de la necesidad de la información veraz. Así en la STC 41]1994, F.3º, afirma que la veracidad de la información viene a ser entendida como “una especial diligencia que asegura la seriedad del esfuerzo informativo ...’ mientras que la STC 22]1995, F.1º mantiene que “la veracidad requerida no es sinónimo de verdad objetiva, sino de mínimo cuidado y diligencia en la búsqueda de lo cierto”; incluso en el F 2º de esta misma sentencia se afirma que es necesario que la información publicada haya sido el resultado de una investigación “diligentemente contrastada”. Como puede observarse, ambos fundamentos jurídicos no vienen a decir lo mismo.

6.3.- Difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones

Ar. 510. 1: *“Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.*

2.- Serán castigados con las mismas penas lo que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieran informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a u ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”

El CP anterior decía:

Art. 165 ter,. 2. *“Los que provoquen o inciten directamente o mediante apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional, o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.*

2. La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan su autor y que, por su naturaleza y circunstancia, puedan constituir una incitación directa a cometer delito”

Se trata de conductas penales que se realizan *con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales.* “La preocupación por los movimientos xenófobos y por los fenómenos de violencia contra inmigrantes y otros sectores de la población, ha determinado la creación de estos tipos penales” (65)

En el caso de lesión del ejercicio de los derechos fundamentales, además de su reconocimiento debe restablecerse su ejercicio.

El apartado segundo de este artículo es nuevo en relación con el anterior. Se refiere a unas injurias graves y difundidas.

En el código derogado, como puede observarse, se hacía una mención expresa de los medios de comunicación. Ahora no se nombran pero hay una alusión indirecta al derecho a la información en la “difusión de informaciones injuriosas”. Se vuelven a repetir aquí las expresiones “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, referidas a dichas “informaciones injuriosas”, de forma idéntica a como se hacía en el art.208 referido a las injurias que consistan en la imputación de hechos, y goza de la misma ambigüedad que aquél precepto. El conocimiento de la falsedad y el desprecio hacia la verdad están reclamando la presencia de hechos comprobables que, en estos casos, no existen.

Los destinatarios de estas conductas son un grupo o una asociación, pues en ambos casos la provocación o la difusión de informaciones injuriosas pueden recaer sobre la asociación o en relación con los miembros, aisladamente considerados.

La STC 214/1991 se dice: “ En tal supuesto y habida cuenta de que tales grupos étnicos, sociales e incluso religioso son, por lo general entes sin personalidad jurídica, y en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones civiles y penales en defensa de su honor, de no admitir el art. 162.1b) CE, la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes a las lesiones de este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de derecho permitiría el resurgimiento de campañas

discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama...” (66)

Y en STC 176/1995 se expresa, refiriéndose al pueblo judío: “Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religiosos, a título de ejemplo. Por ello pueden, a su vez, como reverso, resultar víctima de la injuria o calumnia, como sujetos pasivos de estos delitos contra el honor y así lo dijo el TS en el plano de la legalidad y en su ámbito penal cuando dictó la Sentencia de 20 de diciembre de 1990. Aquí y ahora es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas o sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo las invectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano. En definitiva, es la solución que, con un planteamiento inverso, desde la perspectiva de la legitimación activa, aceptó este Tribunal Constitucional en su STC 214/1991” (67)

El CP de 1995 incorpora novedades respecto de estas conductas: aumenta el número de sujeto pasivos, elimina la comisión en presencia del afectado y la substituye *por en el ejercicio de sus funciones*, y extiende la *exceptio veritatis* a estos supuestos, excepto a la Corona. Pero, sobre todo, vuelve a aparecer la confusión conceptual entre calumnia e injuria en una mezcla de supuestos que no dejan ver con claridad de qué se habla exactamente y, lo que es peor, cuál es la materia

penal prohibida. Ello crea una incertidumbre, enemiga de la seguridad que debe ofrecer toda ley, y más una ley penal.

Cierto que estos preceptos tratan de proteger la estabilidad de la Institución del Estado, más que el honor de la persona que la representa; sin embargo no se recoge en el Código ninguna referencia a conductas delictivas contra instituciones privadas, que figuran en leyes especiales, por ejemplo, las que protegen las Cajas de Ahorros según se Estatuto, que son fundaciones privadas según la ley.

Finalmente, hay que subrayar que la relevancia pública debe ser directamente proporcional a la posibilidad de crítica social en lo referente a la libertad de expresión; en cuanto la libertad de información, también el ciudadano tiene derecho a conocer los hechos que ocurren alrededor de estas instancias, si ellos pueden repercutir, de alguna manera, en la vida de la sociedad de un momento determinado. Tal vez, en este sentido hubiera sido preferible que el CP diera un tratamiento más semejante al que propugna cuando se refiere a otras personas de la vida pública que tienen que soportar recortes en su honor.

- (1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York diciembre 1966. Ratificado el 13 de abril de 1977. *Derecho de la comunicación*. Edición González Encinar, JJ. Ariel Códigos. 2000-2001. p. 27
- (2) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Roma 1950. Ratificado el 26 de septiembre de 1979. *Derecho de la comunicación*. Edición por González Encinar, JJ.. Ariel Códigos. 2000-2001. p. 25.
- (3) Escobar de la Serna, L. *Derecho de la información*. Dykinson. Madrid, 1998. p. 367-368
- (4) Miranda Strampes, M. "Delitos contra el orden público", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.S.Butragueño.Comares. Granada, 1998. p.1938
- (5) Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Undécima edición., puesta al día conforma al CP de 1995. Tirant lo blanch. Valencia, 1996. p.769
- (6) Marchena Gómez, M. "De los delitos de traición y contra la paz", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*.Coor. I.S.Butragueño. Comares. Granada, 1998. p. 19989-1990.
- (7) Marchena Gómez, M. "De los delitos de traición y contra la paz", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*.Coor.I.S.Butragueño. Comares. Granada, 1998. p. 19985
- (8) Carreras Serra, Lluís de la. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel derecho. Barcelona, 1996. p. 136
- (9) Manzanares JL. y Cremades, J..*Comentarios al Código Penal*. La Lay-Actualidad, Madrid, 1996. p. 124
- (10) Cousido González, MP. *Derecho de la comunicación impresa*. Vol.I. Colex.Madrid, 2001. p. 187-192.
- (11) Díez Picaz ,LM. *Sobre secretos oficiales*. Madrid, 1998.
- (12) Fernández Ramos, S.*Derecho al acceso de documentos administrativos*.Madrid, 1997;
- (13) Lozano, B.*La desclasificación de los secretos del estado*. Madrid, 1998;
- (14) Sainz Moreno, F."*Secreto e información en el derecho público*", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E.García Enterría*. Madrid, 1991
- (15) Cousido González, MP. "Transparencia y opacidad (III). Los intereses del estado:secreto oficial", en *Derecho a la comunicación impresa (Vo.I)* Colex. Madrid, 2001

- (16) Cousido González, MP , “Secretos oficiales”, en AEDE nº 21 1996. Madrid;
- (17) Cousido González, MP. *Comentarios a la LSO*. Barcelona, 1995
- (18) Desantes Guanter, JM *La función de informar*. EUNSA. Pamplona1976
- (19) Desantes Guanter, JM *La función de informar*. EUNSA. Pamplona1976
- (20) Escobar de l Serna, L. *El derecho de la información* . Dykinson . Madrid, 1998.
- (21) Bastida Freijedo,J. Villaverde Méndez,I.*Libertad de expresión e información y medios de comunicación.Prontuario de jurisprudencia constitucional.1981-98*. Aranzadi. Navarra, 1998.
- (22) Crespo Barquero, P. “Delitos contra la administración pública”, en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor.I.S.Butragueño.Comares. Granada, 1998
- (23) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p.209
- (24) Jaén Vallejo, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Colex. Madrid, 1992 p.62
- (25) Terrón Montero, J. “Libertad de expresión y Constitución”, en *Documentación Administrativa,nº187*, Madrid, 1980. p. 17-22
- (26) *Diccionario actual de la Lengua Española*. VOX. 1 edc. .Bibliograf. Barcelona, marzo 1990. p. 1292.
- (27) Crespo Barquero, P. “Delitos contra la administración pública”, en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Comares. Granada, 1998. p. 1664
- (28) Marchena Gómez,M. “De los delitos de traición y contra la paz y seguridad del estado”, en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Comares. Granada, 1998. p. 1993.
- (29) Moreno Cánoves,A-Ruiz Marco,F. *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo CP (concordados y con jurisprudencia)*.Zaragoza, 1996. p. 187
- (30) Garrido López, D. y García Arán, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Eurojuris. Madrid, 1996. p. 143.
- (31) Marchena Gómez, M. “Propiedad intelectual, industrial y consumidores”, en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor.I.S.Butragueño.Comares. Granada, 1998. p. 1379-80
- (32) Brage Cedán, S.B.*Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262,281 y 284 CP*. Estudios de derecho penal, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Comares.Granada, 2001. p. 202.

- (33) Ley 16]1989 se 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reformada por L. 59]1999 de 28 de diciembre
- (34) Bajo Fernández, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978. p.324
- (35) Bustos Ramírez, J. *Manual de derecho prnal. Parte especial*. Barcelona, 1986. p.362.
- (36) Bustos Ramírez, J. *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*. Madrid, 1986. p. 229.
- (37) González Rus, J.J. *Manual de derecho penal. Parte especial*. (Obra colectiva dirigida por M.Cobo del Rosal), vol II. Madrid, 1996. p. 337.
- (38) Rodríguez Devesa, J.M., Serrano Gómez, A. *Derecho penal. Perte especial*. Madrid, 1995. p. 553.
- (39) Azurmendi, A. *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.146-147
- (40) González Rus, J.J. *Manual de derecho penal. Parte especial*. (Obra colectiva dirigida por M.Cobo del Rosal), vol II. Madrid, 1996. p. 230
- (41) Suárez González, C. "Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado", en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1997
- (42) Desantes Guanter, JM. *Derecho de la Información II. Los mensajes informativos*. Colex. Madrid, 1994. p. 60
- (43) Martín Pallín, J.A. *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas*. Cuadernos de Derecho Judicial, del CGPJ, 1995.nºXV. Delitos contra la propiedad. Madrid. p.116
- (44) Brage Cedán, S.B. *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*. Estudios de derecho penal, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Comares. Granada, 2001. p. 193-194
- (45) Moreno Cánoves, A-Ruiz Marco, F. *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo CP (concordados y con jurisprudencia)*. Zaragoza, 1996. p. 191
- (46) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 127
- (47) Reig Reig, J.V. "Delitos contra la Constitución", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor.I.S.Butragueño. Comares Editorial. Granada, 1998. p.1823-1824.

- (48) Reig Reig, J.V. "Delitos contra la Constitución", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor.I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada, 1998. p.1824
- (49) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 127
- (50) Reig Reig, J.V. "Delitos contra la Constitución", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor.I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada, 1998. p.1824
- (51) Llamazares Calzadilla, M.C.. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo político*. Civitas. Madrid, 1999. p.359.
- (52) Reig Reig, J.V.. "Delitos contra la Constitución", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor.I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada, 1998. p.1823-24
- (53) Reig Reig, J.V. "Delitos contra la Constitución", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor.I.S.Butragueño.Comares Editorial. Granada, 1998. p.1826
- (54) Carreras Serra, Ll. *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 127
- (55) Carreras Serra, Ll.. *Régimen Jurídico de la Información. Periodista y medios de comunicación*. Ariel Derecho. Barcelona, 1996. p. 128
- (56) Barbero, M. y Di.ego Díaz-Santos MR. (coordinadores) *Criminalidad, Medios de comunicación y proceso penal*. Ediciones Universidad. Salamanca,2000. p. 149
- (57) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Castell contra España", en Estudios de jurisprudencia. Colex, 1992.junio, p.69 y ss
- (58) (STC 107]1988.F2)
- (59) Solozábal, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", en Revista Española de Derecho Constitucional. may-agos, 1991. p. 77
- (60) Desantes Guanter, JM. *La función de informar*. EUNSA. Pamplona, 1976. p.201
- (61) Pedro J.Ramírez. "La degradación del periodismo". *El Mundo*, 15 de marzo de 1998. p.3-4
- (62) (STC 51]1985. F10)
- (63) (STC 51]1985. F10)
- (64) Vega Ruiz, A.. *Libertad de expresión,. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de Comunicación*. Universitas SA. Madrid, 1998. p. 108-109.

(65) Azurmendi, A. *Derecho de la Información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997. p.143

(66) (STC 214/1991. FJ 3º)

(67) (STC 176/1995. FJ 3º)

CONCLUSIONES

A.- El Derecho a la información, del que forma parte el derecho a la noticia, es un derecho humano, anterior a la ley, enraizado en la misma naturaleza de la persona por el hecho de serlo, y, por tanto, nadie lo concede ni lo otorga. Solamente puede reconocerse y protegerse, como hace la CE. Por ello, el derecho a la información está en estrecha relación con el Derecho Penal, el cual debe amparar y custodiar el recto ejercicio de la información.

El derecho a conocer los hechos, en este caso, el derecho a la noticia, es pilar del sistema democrático, esencial para la formación de la opinión pública libre, el pluralismo y la participación social. El derecho a la noticia supone una libertad pública, por tanto debe condenarse su infracción como falta de respeto a la comunidad. La protección de la noticia se impone como un deber de justicia.

La noticia puede protegerse de varias formas. Una de ellas es mediante la sanción penal de las conductas que violen sus constitutivos esenciales. En este sentido, en la medida en la que el CP sancione estas conductas antiinformativas estará protegiendo el derecho a la noticia, y en tanto en cuanto no favorezca la libre circulación de noticias rectamente difundidas, está desprotegiéndolas.

B.- La actividad informativa puede ejercerse de forma ilícita y derivar de ella responsabilidad penal. Hay que distinguir las infracciones cometidas por el medio, de las cometidas a través del medio, que siempre afectan al mensaje. Sólo

estas últimas son objeto de nuestro estudio. No obstante, el CP de 1995 contiene una cierta reserva hacia la prensa en general y a lo que pueda ser *comunicado, revelado, descubierto, conocido, difundido*. Este temor parece provocado en el fondo por el singular protagonismo que ha alcanzado la información en la sociedad actual. Las nuevas tecnologías, aplicadas a información, posibilitan una comunicación sin fronteras ni límites. Este progreso mediático, que presenta evidentes ventajas, favorece asimismo la aparición de nuevas formas delictivas relacionadas con dichos avances tecnológicos. El CP ha recogido este desafío con la ampliación de supuestos delictivos relacionados con la información. Se añade un abanico de posibilidades, fruto de la nueva impronta, consistentes en “interceptar”, “utilizar datos” “captación de información” “reproducción”, “escuchas”, etc. Se desprende que al legislador le preocupan estas nuevas posibilidades tecnológicas referidas a las noticias.

C- La responsabilidad del informador que establece el Código de forma escalonada y en cascada resulta, cuando menos, peligrosa. Con ella se abre la posibilidad de atribuir un hecho delictivo a una persona por el comportamiento de otra, extremo no congruente con el principio de culpabilidad. No hay que olvidar que el trabajo periodístico es un trabajo colectivo, en el que participan muchos agentes en cadena. En esta cadena, parece poco probable que todos puedan compartir la intencionalidad del verdadero autor de la noticia delictiva,

es decir, mantener “el conocimiento de la falsedad” o el “temerario desprecio hacia la verdad”. Esto no lo resuelve el Código.

Otro subrayado, en el mismo sentido, es que a partir del nuevo Código Penal la responsabilidad de los titulares editores de medios de comunicación se amplía, pues se establece para ellos una responsabilidad solidaria, especialmente para delitos contra el honor cometidos en el ejercicio de los derechos de libertad de expresión o información. En estos casos, según el CP de 1995, la responsabilidad civil *subsidiaria* se convierte en *solidaria*. La norma no tiene precedente en el anterior Código y resulta una excepción si se compara con el art. 120,2º del nuevo CP, que establece el principio general de *responsabilidad civil subsidiaria* para los no criminalmente responsables. La responsabilidad civil solidaria supone que el acreedor siempre podrá dirigirse en primer lugar a la empresa editora, a la hora de reclamar responsabilidades civiles derivadas del delito. Con esta norma puede intencionadamente perseguirse una mayor efectividad en el pago de las indemnizaciones. Parece trasladarse al ámbito penal un principio de la responsabilidad civil. Una cosa es que la empresa haga frente, como suele suceder, a las responsabilidades civiles contraídas por sus miembros y otra que ello esté sancionado en el CP. La medida es importante. Podría provocar una especie de censura en el interior de la empresa, pensando en las posibles sanciones económicas. Ello significaría un mayor control del propietario del medio sobre los contenidos del mismo, cosa que no favorece la libre circulación de noticias.

D.- Novedad es también la referida al establecimiento de la inhabilitación del periodista, en caso de injurias y calumnias mediante precio y recompensa (art.213). La sanción parece inapropiada en el caso del informador, dado, además, que el periodismo es una profesión remunerada; la aplicación de este precepto no será fácil.

Por otra parte, el temor a una penalización tan fuerte como la inhabilitación puede coartar la libertad y ahogar la información con el silencio. La norma, por tanto, no favorece la protección de la noticia. Similar es el supuesto referido a la inhabilitación del informador, supeditada a la retractación de la noticia difundida (art.214), otra de las novedades del Código de 1995 sin precedentes en el anterior. El nuevo CP prescribe la inhabilitación para el periodista, -a quien se refiere sin nombrarlo en la expresión "se ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria"- condicionada a que reconozca la inveracidad de lo difundido. Surge la duda razonable de si no en pocas ocasiones el periodista optará por la retractación sólo para evitar males tan mayores. La pregunta que queda aquí en el aire es si en estos casos la ley sirve a la verdad y al bien común y si favorece una información libre, si protege la noticia que el ciudadano tiene derecho a conocer.

E.- Toda noticia ha de ser verdad. La mentira destruye la convivencia. Existe un interés público en el conocimiento de la verdad al que debe servir toda información. Abundan sin embargo informaciones falsas. Existe en la

actualidad un desprecio de la verdad. Nos movemos en una sociedad que ha ido admitiendo el error e incluso la mentira cada vez con más tolerancia, creando a veces un estado de confusión del que es difícil volver. La noticia falsa no es noticia. El CP no sanciona la falsa información, la falsa noticia, si bien trata la falsedad aneja a otros delitos, no establece, en sí misma como delito, la noticia falsa, excepto la referida al precio de las cosas o a la seguridad del Estado. Este se presenta como uno de los aspectos más criticables del CP en referencia a la protección de la noticia: la ausencia de sanción expresa a la mal llamada “noticia falsa” en cualquier circunstancia. Creemos que el nuevo CP para ofrecer una auténtica protección a la noticia debería incluir expresamente en su articulado los *delitos contra la verdad*; pues si los ataques contra el honor personal, o contra la vida privada, encuentran en la sociedad actual su fácil caldo de cultivo, no es menos cierto que la verdad se halla especialmente desprotegida y manipulada, cuando no encubierta bajo una equivocada tolerancia y relativismo. El daño de la información falsa se extiende a todo el colectivo social. El interés público por conocer los hechos tal como son y el derecho a no ser engañado da una dimensión pública a un delito, en principio, privado como la calumnia.

F.- Hechos y opiniones constituyen dos tipos de mensajes diferentes y dos comportamientos informativos con distintas repercusiones; sin embargo, en el CP no están suficientemente diferenciados. La calumnia es la imputación de un falso hecho delictivo. La injuria es un juicio de valor en descrédito de otro, es un

insulto vejatorio. Así la calumnia consiste en una comunicación de hechos y la injuria es un mensaje de opinión. Pero en el CP se habla de “injurias que consisten en la comunicación de hechos”, de manera impropia. Se confunden aquí los tipos de mensajes y al mismo tiempo los bienes jurídicos que se sienten afectados por cada uno de estos delitos: la calumnia atenta contra el honor en su aspecto objetivo y la injuria es un atentado a la dignidad. Es importante esta distinción puesto que la injuria lo es siempre, con independencia de si es o no verdad, por eso no debe admitir la *exceptio veritatis*, mientras que la calumnia lo es solamente cuando lo comunicado es falso. Esta fundamental distinción radica en la diferencia entre el honor y la dignidad. Pues el primero, depende de los propios actos, que son , de otra parte, comprobables. El honor puede perderse por la conducta que desarrolla la persona. La dignidad humana no se pierde nunca porque pertenece al ser humano por el hecho de ser persona. Hemos observado que el CP no distingue estos bienes, introduce la figura de las “injurias que consistan en la imputación de hechos” y le aplica la *exceptio veritatis* en determinados casos. Ello ocurre porque se ha eliminado la figura de la difamación, consistente en la imputación de hechos falsos pero no delictivos. Este concepto ha sido sustituido en el Código por las mencionadas injurias impropias que consisten en la “ imputación de hechos”. Esta es un aspecto significativo del Código en relación con el tratamiento de la noticia.

G.- La calumnia en cuanto a difusión de hechos implica un comportamiento de comunicación, desvirtuada en este caso, porque es *noticia falsa*. Consideramos aquí a la calumnia como versión penal de la exigencia de la veracidad de la información. Según el CP la calumnia es delito porque ataca al honor, cuando, en realidad lo es, sobre todo, porque atenta contra *la verdad*, contra el derecho a la información; porque desinforma. De tal manera que si se demuestra que es cierto lo que se comunica el delito no existe porque nadie puede exigir el amparo de la ley para el deshonor que nazca de sus propios actos.

La sustitución de la “falsa imputación” por el “conocimiento de su falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad” en el delito de calumnia (art. 205) es otro punto novedoso y trascendente en cuanto a la comunicación de hechos o noticia se refiere. Está implícita la necesidad de falsedad, que no se menciona para la conducta y sin embargo se dice que ha de llevarse a cabo “con conocimiento de su falsedad”. Se subraya aquí especialmente un elemento subjetivo de primordial importancia, una real voluntad de ofender de forma clara, tajante. El temerario desprecio hacia la verdad está estrechamente relacionado con la actividad informativa, en la que estaría pensando el legislador, y afecta al contraste de las fuentes. Ambos extremos son de difícil probanza y abren el debate sobre el concepto subjetivo de falsedad.

H.- A la luz del nuevo texto penal es posible proteger un honor que no merece dicha protección, amparado por esa figura atípica de las injurias que consisten

en imputación de hechos. Sólo el honor merecido, por real, es digno de protección. Si la injuria sanciona la imputación de hechos verdaderos puede ocurrir que se proteja un honor que no existe. Si los hechos son verdad no se puede hablar de honor, pues éste depende de la propia conducta. En el delito de calumnia, la *exceptio veritatis* se aplica siempre; no se protege en ningún caso, el llamado "honor aparente"; si el hecho es verdadero, no hay delito. Por el contrario, en la injuria que en nuestro Código consiste en la imputación de hechos se limita la *exceptio veritatis* a las imputaciones contra funcionarios. En los demás casos es posible llegar a proteger un "honor aparente". Desde otro ángulo, la injuria que sanciona imputaciones de hechos verdaderos se relacionaría más con los secretos privados que con el honor.

Consecuencia lógica de lo planteado en los párrafos precedentes, hay en el CP un acercamiento entre las figuras de calumnia e injuria. De una parte porque el CP establece que es calumnia la imputación de un delito. Si lo que se imputa falsamente es una falta, no será calumnia sino injuria. Como consecuencia, van a disminuir las condenas por delito de injuria y aumentar por falta de injuria. En conclusión, la nueva regulación de la calumnia y la injuria se muestra bastante confusa entre otras cosas porque la injuria viene a ser forma atenuada de calumnia. Esta falta de claridad entre hechos y opiniones resultará trascendente para el tratamiento de la difusión de noticias y su protección.

I.- Es importante y novedoso el concepto de “gravedad” establecido en el Código para las injurias, haciéndolo depender de “la consideración pública de grave”. Únicamente se castigan las injurias graves. En el anterior CP las injurias leves hechas por escrito y con publicidad siempre eran graves, y las que no reunían estas condiciones eran faltas. Ahora sólo son graves las que por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas por el público como graves. Se ha operado una modificación significativa. En el caso de las noticias que se difunden en un medio de comunicación, este aspecto adquiere importantes dimensiones. Dejar hoy la determinación de la gravedad a la consideración pública parece una peligrosa medida. No hay que olvidar la degradación del concepto público de propia estima, de dignidad, de privacidad y de honor.

La sociedad actual nos ha acostumbrado a devaluar el concepto de propia estimación, a base de hacer habitual su *venta*. Seguramente el concepto público de un ataque a la propia estimación, al honor, nada tiene que ver hoy con la verdadera dignidad de la persona. Dejar la ponderación de la gravedad de la ofensa al público supone dar por sentado que ese concepto público es acertado y darle carta de naturaleza. Un error, según nuestro criterio.

J.- El daño moral producido por una noticia calumniosa o una información injuriosa no es fácil de subsanar. Nunca se puede restituir del todo. No se puede evaluar las consecuencias del mal producido por una ofensa de este tipo, ni se puede compensar con indemnizaciones. Habrá que tener en cuenta, en su

caso, la difusión y la audiencia del medio a través del que se haya producido, así como el beneficio quien originó el daño. Otra cosa es que las ofensas al honor vertidas en la prensa se conviertan en un auténtico “mercado”. Muchos demandantes llegan a ver en determinadas informaciones, que ellos mismos provocan, una fuente de buenos ingresos . De esta forma se produce una venta directa del bien jurídico *honor*.

La actualidad está llena de ejemplos ilustrativos de estas maniobras que vienen a ser un serio obstáculo para el derecho a la información. No encontramos hoy por hoy soluciones jurídicas para estos casos que, sin embargo, aparecen una y otra vez aireados en un tipo de prensa con el consecuente desprestigio para los informadores veraces y las instituciones jurídicas. El CP tampoco establece correctivos en este sentido.

K.- Todo lo anterior permite hacer algunas reflexiones acerca de qué se puede y qué no se puede difundir a la luz de nuestra ley penal. Siempre el problema estará -y el Código no parece resolverlo claramente- en saber con certeza si se puede, o no, difundir por un medio de comunicación algo negativo o perjudicial para una persona. La respuesta radica en la relevancia pública de dicha información. En el interés de los ciudadanos por conocer la verdad de los hechos que les afectan. El apoyo lo encontramos en la CE, en el derecho de los ciudadanos a una información veraz, y en el TC. Para éste último, la noticia de trascendencia pública debe ser conocida por los ciudadanos. La veracidad y la

relevancia pública es la frontera de lo comunicable. Otra cosa será la prohibición de comunicar hechos que a pesar de ser ciertos, no son significativos para el interés público o no añaden nada a la información. O bien, informaciones de hechos ocurridos tiempo atrás, aunque revistieron interés público. La actualidad es un ingrediente de la noticia, es un elemento del interés público de la información, que puede referirse a hechos del presente, del pasado, incluso del futuro. Pero creemos que, en su caso, habría que asegurarse de que los hechos siguen conservando ese interés para ser difundidos. De lo contrario, la benignidad del derecho, presidido siempre por la centralidad de la persona, debería recurrir a lo que se ha dado en llamar "derecho al olvido". Unido a la oportunidad de la difusión, habrá que cuidar el momento de difundir la noticia, pues hay asuntos que pueden sufrir variaciones en su desarrollo. Salvo estos extremos, todo lo comunicable -es decir lo verdadero de relevancia pública- debe ser comunicado sin ninguna cortapisa. La información es un bien de todos y privar de ella es violar un derecho fundamental.

L.- El CP de 1995 confunde en su articulado otros bienes jurídicos importantes como la intimidad y la vida privada. Resultado de ello es que la intimidad puede quedar más desprotegida y sin embargo, ciertos aspectos de la vida privada, que pueden y deben conocerse porque son de relevancia pública, pueden quedar impropriamente amparados en el derecho a la intimidad, al que

no pertenecen. Este tratamiento indistinto hacia la vida privada y la vida íntima no ayuda a interpretar determinadas conductas delictivas en referencia a la protección de la noticia. Sería necesaria una reformulación de estos bienes y una nueva regulación de estos delitos.

M.- El CP presenta una redacción del todo punto mejorable desde el punto de vista informativo. Poco reposada. Da la impresión de que se realizó precipitadamente. Esto se advierte tanto en la terminología empleada poco precisa y poco rigurosa, como en la pormenorización y reiteración de algunos preceptos que no dejan ver claramente cuál es la materia delictiva concreta que se sanciona. En concreto, se emplean de forma indistinta e impropia los términos *publicidad, propagación, difusión y divulgación*. Todo hace pensar que el legislador está poco familiarizado con el mundo de la información.

La difusión es la última etapa de la publicación. Su determinación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación es clave pues marca el momento de establecer la responsabilidad.

N.- El nuevo Código utiliza repetidamente un tono subjetivista en su articulado. Concede, a nuestro juicio, excesivas facultades discrecionales a los jueces y tribunales. Ello puede ir en detrimento de la seguridad jurídica que ofrece la legalidad, propia de todo sistema de derecho.

O. - ¿Cómo protege la noticia el nuevo CP?, era nuestra pregunta inicial. Ahora nos atrevemos a responder que el tratamiento que el código da a la información es muy mejorable. Hay demasiadas trabas al ejercicio profesional de informar. No puede afirmarse que el legislador haya priorizado la libre circulación de informaciones. Y acaso no le corresponda, pues en realidad sería más apropiada la vía civil que la penal para el tratamiento de la información, de la noticia. El Código endurece las penas sobre el informador. El tratamiento de las ofensas, por escrito y con publicidad es más fuerte que el de las demás infracciones contra el honor. Someter estos aspectos a la legislación penal puede suponer un freno a los citados derechos constitucionales de libertad de expresión e información.

El TC da prevalencia a la libertad de información si se ejerce dentro de los límites constitucionales una vez superada la triple circunstancia de veracidad, interés público y proporcionalidad. El derecho a estar informado de los ciudadanos es un valor y un derecho para la democracia. Echamos de menos en el Código alguna alusión a la trascendencia pública de la información y, por qué no decirlo, a la presunta diligencia y honestidad profesional de todo informador. La sociedad tiene derecho a estar bien informada a través de sus delegados, en este caso, los periodistas. En el fondo, son ellos los que habrán de calibrar sus propias conductas. Es, en último término, un asunto de ética profesional que ya regulan numerosos códigos deontológicos. La sociedad actual, de la información

y del conocimiento, produce y difunde un fluido de noticias cada vez más intenso, simultáneo a los hechos, que nos permite conocer lo que sucede en otras partes del mundo mientras está sucediendo, es decir, que nos hace más humanos porque nos acerca a otros. Comunicar es humanizar. No en vano fue una “buena noticia” lo que humanizó la historia.

BIBLIOGRAFIA

ABAD AMOROS, R.M. "Libertad informática y protección de datos personales"
Curso de Doctorado: Facultad de CCII. Universidad Complutense de Madrid. 1996

AGUILERA FERNANDEZ, A. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información. Posibilidades y límites constitucionales.* Granada, 1990.

ALADRO VICO, E . *Teoría de la información y la comunicación efectiva.* Madrid, 1998.

ALBACAR LOPEZ, JL. *Derechos fundamentales, jurisprudencia y legislación.* Madrid, 1993.

ALBADALEJO, M. *Derecho civil. Introducción y Parte General.* Vol.I. Barcelona,1996.

ALONSO ALAMO, M. "Protección penal del honor: sentido actual y límites constitucionales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* Enero-abril, 1983.

ALVAREZ, LUCIANO. *Medios de comunicación y trampas a la democracia.* Buenos Aires, 1990.

ALVAREZ PRIETO,L. "El derecho a la intimidad como límite al derecho a la información". *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados*, nº3. mayo-jun, 1993.

ALZAGA VILLAAMIL, O. *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático* . Madrid, 1978.

ALZAGA VILLAAMIL, O. "Dos normas constitucionales. Un delicado equilibrio". en *AEDE*, Madrid. nº12. 1986.p.42 y ss.

ANTON ONECA *Derecho penal. Parte general*. Madrid, 1949.

ASOCIACION DE PERIODISTAS DE INFORMACION ECONOMICA. *Ética en la información. Códigos de conductas y estatutos profesionales (II)*. Madrid, 1996

AZURMENDI, A. *Derecho de la Información. Guía Jurídica para profesionales de la comunicación*. EUNSA. Navarra, 1997

BACIADOLY, S. *Le droit communautaire de l'Environnement depuis l'Acte unique européenne jusqu'à la Conférence Intergouvernementale*. Bruselas, 1996

BACIGALUPO, E . *Delitos contra el honor*. Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"-9. Madrid, 2000.

BACIGALUPO, E. "Colisión de derechos fundamentales y justificación del delito de injuria". *REDC* nº 20 mayo-agosto, 1987 p.96 y ss..

BACIGALUPO, E. *Estudio de la parte especial del derecho penal*. Madrid, 1991

BAJO FERNANDEZ, M. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.

BAJO FERNANDEZ, M. *Manual de derecho penal P.E. III* . Madrid, 1989.

BAJO FERNANDEZ, M. "El secreto profesional en el proyecto del CP", en *Anuario de Derecho Penal*. 34.1980

BARBERO, M. y DIEGO DIAZ SANTOS MR. (coordinadores) *Criminalidad, Medios de comunicación y proceso penal*. Salamanca, 2000.

BASTIDA FREIJEDO, F. J.VILLAVERDE MENENDEZ, I. *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998*. Navarra, 1998

BATISTA GONZALEZ, M. P. *Medios de Comunicación Social y responsabilidad penal*. Madrid, 1998.

BATLLE SALE, G.*El derecho a la vida privada y su regulación*. Alcoy, 1972.

BELLO LANDROVE, E. "Infracciones contra el honor. Algunas cuestiones relevantes", en R.G.I.J. mayo, 1986 p.730 y ss..

BENEYTO BENITO,A. *La socialización del poder de informar*. Madrid, 1978

BENEYTO,J. "Los orígenes del derecho a ser informado", en *Persona y derecho*. Vol.V Navarra, 1978

BENITO, A. *La invención de la actualidad*. Madrid, 1995.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. *Honor, y libertad de expresión*. Madrid, 1987.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. "Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico penal," en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991.

BERNAL CASTILLO, J. "Los conflictos entre los derechos al honor y a la información en el ámbito penal, en el derecho vigente y en el proyecto de CP" *La Ley*. Año XIV, nº333, agosto, 1993.

BRAGE CEDAN, S.B. *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262,281 y 284 CP*. Estudios de derecho penal, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada, 2001.

BRAJNOVIC L. *Deontología periodística*. Pamplona, 1969.

BRU, M. M. Ponencia en la "Jornada Mundial de las comunicaciones sociales". Madrid, 28 de abril de 2001

BUSTOS RAMIREZ, J. *Manual de derecho penal. Parte especial*. Barcelona, 1986.

BUSTOS RAMIREZ, J. *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*. Madrid, 1986

CARBONELL MATEU, JC. "Libertad de expresión y derecho al honor: límites mutuos". Cuadernos jurídicos. nº21. julio-ag. 1994

CARMONA SALGADO, C. *Libertad de expresión e información y sus límites*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la UCM. Madrid, 1991.

CARRERAS SERRA, L. DE LA *Régimen Jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Barcelona, 1996.

CARRILLO, M. Derecho a la información y veracidad informativa. "Comentario a las SSTC 168] 86 y 6]88", en *Introducción a los Derechos Fundamentales*. X Jornadas de estudio. Vol.III. Madrid, 1998.

CARRILLO, M. *la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas* . Madrid , 1993.

CARRILLO, M. *Los límites de la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*. Barcelona, 1987.

CASTAÑEIRA PALOU, MT *"Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid, 1997.

CHIOLA, *C'informazione nella Costituzione*. Cedam, Padova, 1973

CLAUSSE, ROGER *.Les Nouvelles*. Centre National de diffusion Collective. Editions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruselles. 1963

CLAUSSE, ROGER. *Le journal et l'actualité*. Verviers Marabout, 1967

COBO DEL ROSAL, M. VIVES ANTON, T.S *.Derecho penal. P.G.* Valencia, 1987

COBO DEL ROSAL, M Y OTROS. *Derecho penal, P.E.* Valencia, 1988

CORDOBA RODA y RODRIGUZ MOURULLO. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1982.

CORTINA, A. "En ética hay que llegar a consensos definitivos", en ABC. Madrid, 27 de enero de 2002

COSSIO, M. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*. Valencia, 1993.

COUSIDO GONZALEZ, MP. "Transparencia y opacidad (III). Los intereses del estado: secreto oficial", en *Derecho a la comunicación impresa* (Vo.I) Madrid, 2001

COUSIDO GONZALEZ, MP. "Secretos oficiales", en *AEDE* nº 21 1996. Madrid. p 29 y ss.

COUSIDO GONZALEZ MP. *Comentarios a la LSO*. Barcelona, 1995

COUSIDO GONZALEZ, P. *El tiempo en la información. Trascendencia y consideraciones*. Granada, 1992.

COUSIDO GONZALEZ, P. *Derecho de la comunicación impresa*. V.I. Madrid 2001.

CREMADES GARCIA, J. "La exigencia de veracidad como límite a las libertades informativas", en W.AA. *Estudios sobre Derecho de la Información*. Madrid, UNED, 1994.

CREMADES GARCIA, J. *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid, 1995

CRESPO BARQUERO, P. "Delitos contra la administración pública", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.Serrrano Brutagueño. Granada, 1998.

CREVILLEN SANCHEZ, C. *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*. Madrid, 1995.

CRUZ VILLALON, P. "Dos cuestiones sobre la titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, CEC, nº 35, 1992.p.76 y ss.

DAVARA RODRIGUEZ, F.J. *Introducción a la medios de comunicación. Los paradigmas de la comunicación*. Madrid, 1990

DAVARA RODRIGUEZ, F.J. *Profesionales de la comunicacion. Diccionario de ciencias y técnicas de la comunicación*. Madrid. 1991

DAVARA RODRIGUEZ, M.A. *Derecho informático*. Pamplona, 1993

DAVARA RODRIGUEZ, M.A. *La protección de los intereses del consumidor ante los nuevos sistemas de comercio electrónico*. Madrid, 2000.

DE CASTRO, F. *Temas de derecho Civil*. Madrid, 1970.

DE ESTEBAN, J . *Por una comunicación democrática*. Valencia 1976.

DE ESTEBAN, J. y GONZALEZ TREVIJANO, PJ. *Curso de Derecho Constitucional Español*. 3 vol. Madrid. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM. 1992

DEGNI, E. "Le persone fisiche e i diritti della personalità". *Trattato Vassalli*. nº 75 bis Torino.1939.

DESANTES GUANTER JM. *Teoría y régimen jurídico de la documentación*. Madrid, 1987.

DESANTES GUANTER JM. y SORIA,C. *Los límites de la información*. Madrid, 1991

DESANTES GUANTER, JM. Notas tomadas en la sala de conferencia en el Congreso sobre "Delitos informativos en el CP". Facultad de CCII. Madrid, 26 de abril de 1998.

DESANTES GUANTER, JM "Un delito innominado en el nuevo Código Penal". AEDE. nº21. Madrid,1996 p.70 y ss..

DESANTES GUANTER, J.M. *Derecho de la Información II. Los Mensajes Informativos*. Madrid, 1994

DESANTES GUANTER, JM. *La función de informar*. Pamplona, 1976.

DESANTES GUANTER, JM. *La información como derecho*. Madrid, 1974.

DESANTES GUANTER, JM *La verdad en la información*. Valladolid. 1976

DESANTES GUANTER, JM ." El ordenamiento jurídico informativo en España", en *Informe sobre la Información: España.1990*. Revista Situación, 1990-91. Bilbao.

DESANTES GUANTER, JM. "Derecho de la información". Mesa redonda en el Ciclo: "Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la Información". 27 febrero-21 de mayo de 2002. Universidad Complutense de Madrid.

DICCIONARIO ACTUAL DE LA LENGUA ESPAÑOLA. VOX. 1 edc. Bibliograf. Barcelona, 1990.

DIEZ PICAZO, L.M. *Sobre secretos oficiales*. Madrid, 1998

DJOUHRI, L. *Etude de quelques aspects de la fausse nouvelle dans la presse*. Bruselas, 1972.

DOVIFAT, E. *Periodismo*. Vol I. UTHA. México, 1959.

ESCOBAR DE LA SERNA, L. *Derecho de la Información*. Madrid, 1998.

ESCOBAR DE LA SERNA, L. *Introducción a las ciencias jurídicas*. Madrid, 1999

ESPIN CANOVAS, D. "La defensa post mortem de la vida reservada en la LO 5 de mayo de 1982. La protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Homenaje a Luis Díez del Corral*. Madrid, 1997

ESPINAR VICENTE, J.M. "La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor", en *Estudios sobre la intimidad*. Madrid, 1992

ESTATUTO DE LA PROFESION PERIODISTICA Decreto 774-1967, de 13 de abril. Texto Refundido y Anexo con los Principios Generales de la Profesión Periodística.

FAYOS GARDO, A. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Cuadernos y debates. nº 91. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

FELIU REY, M.J. *¿Tienen honor las personas jurídicas?* . Madrid, 1990

FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. *El secreto profesional de los informadores*. Temas clave de la Constitución Española. Madrid, 1990.

FERNANDEZ PALMA, R . *El delito de injuria. Derecho y proceso penal*. Navarra, 2001.

FERNANDEZ RAMOS,S.*Derecho al acceso de documentos administrativos*. Madrid, 1997

FERRATORI, F. *La perfezione del nulla. Premesse e problemi della rivoluzione digitale*. Roma-Bari, 1997

FROSINI, V. *Il diritto alla riservatezza como diritto di libertà*. Milán, 1985

GARCIA DE PABLOS, A. *La tutela del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión*. Estudios penales. Barcelona, 1984

GARCIA DE PABLO ,A. *La protección del honor y de la intimidad como límite al ejercicio de la libertad de expresión*.Madrid, 1985

GARCIA MENDEZ, J. F. *La cultura del error*. Barcelona, 1997.

GARCIA SAN MIGUEL, L. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*. Madrid, 1992

GARCIA SANZ R.M. "El principio de composición. El mensaje de juicios", en *Derecho de la Información II Los mensajes informativos*. Madrid, 1994

GARRIDO LOPEZ, D. y GARCIA ARAN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, 1996.

GOMEZ- REINO CARNOTTA, E. "El secreto profesional de los periodistas". RAP. Enero-diciembre, 1983.

GOMEZ TOMILLO, M . *Libertad de Información y Teoría de la delincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*. Granada, 1998.

GONZALEZ BALLESTEROS, T." La jurisprudencia del TC en materia de libertad de expresión". Curso de doctorado. Facultad de CC.II. 1996. Madrid.

GONZALEZ BALLESTEROS, T. *El derecho de réplica y rectificación en prensa, radio y Televisión*. Madrid, 1981

GONZALEZ BALLESTEROS, T. *Diccionario para periodistas*. Madrid, 1999

GONZALEZ CASANOVA, JA. *Comunicación humana y comunidad política*. Madrid, 1968.

GONZALEZ ENCINAR,JJ "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y Libertades fundamentales". Roma 1950. Ratificado el 26 de septiembre de 1979. *Derecho de la comunicación* . Barcelona, 2000-2001.

GONZALEZ ENCINAR,JJ. "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Nueva York diciembre 1966. Ratificado el 13 de abril de 1977. *Derecho de la comunicación* . Barcelona , 2000-2001.

GONZALEZ RUIZ, N. *Enciclopedia del Periodismo*. Barcelona, 1966. 4 edición.

GONZALEZ RUS, J.J. *Curso de derecho penal. Parte especial*. (Obra colectiva dirigida por M.Cobo del Rosal), vol I. Madrid, 1996.

GONZALEZ RUS, JJ. *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*. Madrid, 1986.

GONZALEZ RUS, JJ. *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra la propiedad*. vol.II. Madrid, 1992

GONZALEZ SUAREZ C. "Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado", en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1997.

GRANADO PEREZ, C. "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de derecho Judicial. Madrid, 1998

GUILLEN ABRAHAM *Técnica de desinformación*. Madrid, , 1991.

HERMIDA, JM. *La estrategia de la mentira. Manipulación y engaño de la opinión pública. De los grandes escándalos financieros al caso Bosé*. Madrid, 1993.

HERRAIZ, I." Reportерismo", en *Volumen colectivo de González Ruiz, N. Enciclopedia del periodismo*. Barcelona, 1966

HERRAN ORTIZ, A.I. *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*. Madrid, 1999

HERRERO TEJEDOR, F. *Derecho penal para profesionales de la información*. Madrid, 1995.

HIERRO AGUAZAS, J.L. del. *Introducción al derecho*. Madrid, 1999

IGARTUA ARREGI, E. "La protección del honor y la intimidad", en *Poder Judicial* n°5. marzo, 1987.

JAEN VALLEJO, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Madrid, 1992.

JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Cancio Meliá. Bogotá, 1994.

JIMENEZ ASENJO, E. *Delitos de imprenta*. J Barcelona, 1964.

JIMENEZ BLANCO, A. (coor) *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1995.

JOYANE, L. *Cibersociedad*. Madrid, 1997

JUAN PABLO II. Mensaje para la XXXIII Jornada mundial de las comunicaciones sociales de 1999. n.2)

JUANES PECES, Angel J. *El nuevo Código penal en síntesis*. Madrid. 1997

KLIMES ,V. “Les moyens d’information et la personnalité humaine”, en *Información y persona humana*. Barcelona, 1971.

LAFUENTE LOPEZ, R. *En el umbral del cambio: las tecnologías de la información y la comunicación*. México, 1997

LAIN ENTRALGO, P. *El problema de ser cristiano*. Barcelona, 1997.

LARENZ, K. *Derecho Civil P.G.* Traducción y notas de Izquierdo y Macías Picavea. Madrid, 1978.

LEMA, J.M. “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, en *Revista jurídica de Castilla La Mancha*, nº6, 1989.p.167 y ss.

LEY 16]1989 se 17 de julio, de Defensa de la Competencia

LEY 26]1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

LOPEZ DIAZ, E. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Madrid, 1996.

LOPEZ GARCIA,A. Presentación del Ciclo: “Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la Información”. 27 febrero-21 de mayo de 2002. Universidad Complutense

LOPEZ GARRIDO, D ; GARCIA ARAN, M. *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario la texto y al debate parlamentario*. Madrid, 1996

LOPEZ YEPES, J. *Los caminos de la información*. Madrid, 1997

LORCA NAVARRETE, J. F. *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Madrid, 1984.

LO18]1994 de 23 de diciembre por la que se modifica el CP en lo referente al secreto de las comunicaciones. Exposición de motivos. BOE nº307.

LOZANO, B. *La desclasificación de los secretos del Estado*. Madrid, 1998

LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. *La libertad de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Madrid, 1999.

MACIA GOMEZ, R. *El delito de injuria*. Barcelona, 1997

MANZANARES, JL y CREMADES, J. *Comentarios l Código Penal de 1995*. . Madrid, 1996.

MARCHENA GOMEZ, M. "Propiedad intelectual, industrial y consumidores", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.Serrano Butragueño. Granada, 1998

MARCHENA GOMEZ, M." Delitos contra la Intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.Serrano Butragueño. Granada, 1998

MARCHENA GOMEZ, M. "De los delitos de traición y contra la paz y seguridad del estado", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.Serrano Butragueño . Granada, 1998.

MARIAS, J. "Defensa de la verdad", en ABC. Madrid, 10 de noviembre de 2000. p.3

MARIAS, J. "¿Cómo lo sabe" , en ABC. Madrid, 10 de enero de 2002.p.3

MARIAS, J . en ABC. 10-11-2000.p.3

MARTIN MORALES, R. *El derecho fundamental al honor en la actividad política*. Granada, 1994.

MARTIN PALLIN, J.A. "Maquinaciones para alterar el precio de las cosas". *Delitos contra la propiedad*. Cuadernos de Derecho judicial. nº XV. CGPJ, Madrid, 1995

MARTIN RETORTILLO, L.I. de OTTO Y PARDO. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, 1992

MARTINEZ ALBERTOS, JL. *La invención de la actualidad*. Madrid, 1995.

MARTINEZ ALBERTOS, JI. *El mensaje informativo*. Barcelona, 1977.

MARTINEZ ALBERTOS, JL *Curso de Redacción periodística*. Madrid, 1988.

MARTINEZ DE PISON CAVERO, J. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional* . Madrid, 1992

MENDEZ PINEDO, E. *La protección de los consumidores en la Unión Europea: hacia un derecho procesal comunitario de consumo*. Madrid, 1998

MENDIZABAL ALLENDE, R. DE: "la libertad de prensa en el nuevo texto penal", en *AEDE* n° 21, 1996. p.8 y ss.

MIGUEL, RAIMUNDO DE. *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico*. 24 edición, Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1976. p. 240 y 355

MILTON, JOHN. *Areopagítica*. Trad. José Carner. Buenos Aires. 1976.

MIRANDA STRAMP, M. "Delitos contra el orden público", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.Serrano Butragueño. Granada, 1998.

MOLINER, M. *Diccionario del uso del español*. Tomo II (H-Z) Madrid, 1989.

MORAL GARCIA, A. DEL . "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*. Coor. I.Serrano Butragueño. Granada, 1998

MORALES PRATS, F. *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*. Barcelona, 1984.

MORENO CANOVES, A-RUIZ MARCO, F. *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo CP (concordados y con jurisprudencia)*. Zaragoza, 1996.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Undécima edición., puesta al día conforme al CP de 1995. Valencia, 1996.

MUÑOZ MACHADO, S. *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Barcelona, 1988.

NOVOA MONREAL, E. *Derecho a la vida privada y libertad de información, Un conflicto de derechos*, en Poder Judicial nº2. ed. Siglo XXI. Madrid, 1989.

NUÑEZ, P. "Hacia una ética de los medios de comunicación", en *Instituto Fe y Secularidad. Memoria académica*. 1996-1997. Madrid.

O' CALLAGHAN, X *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*. Madrid. 1991.

ORTEGA GUTIERREZ, D. *Derecho a la información versus derecho al honor*. Cuadernos y Debates. Centro de Estudios políticos y Constitucionales. Madrid, 1999.

ORTEGO COSTALES, J. "Delitos cometidos por medio de la publicidad". III *Jornadas de profesores de derecho penal*. Santiago de Compostela, 1976.

ORTIZ CHAPARRO, F. *Algunas consideraciones en torno a la sociedad de la información*. Madrid, 1993

PEÑA CARLES, M.C. "La responsabilidad de la empresa editora en el Código Penal de 1995", en *AEDE* nº 21. Madrid 1996. p.100 y ss.

PEREZ DEL VALLE, C. "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", en *Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. (Coor. Torres-Dulce Lifante, Eduardo) . Madrid, 1998.

Publications of the European Court of Human Rights. A.nº103

PRADERA, J. *La cláusula de conciencia y el secreto profesional*. Madrid, 1993

QUERALT JIMENEZ, JJ. *Derecho penal español. Parte especial*. 3 ed. Barcelona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G. "Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995" , en *El Código Penal de 1995. Parte especial*. Madrid, 1996.

QUINTANO RIPOLLES, A. "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal". Tomo I. Vol II. 2 de. puesta al día por Gimbernat, E. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1972.

QUINTANO RIPOLLES. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1996

RAMIREZ, PEDRO J. "La degradación del periodismo". *El Mundo*, 15 de marzo de 1998. p.3-4

RAMOS FERNANDEZ, L.F. *La profesión periodística en España*. Pontevedra ,1997.

RAVEL J.F. *El conocimiento inútil*. Barcelona, 1989.

REBOLLO VARGAS, R. *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*. Barcelona, 1992

REIG REIG, J.V. "Delitos contra la Constitución", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.Serrano Butragueño. Granada, 1998.

RIGO VALLBONA, J. *El secreto profesional y los periodistas*. Barcelona, 1988

ROBERTSON, A.M. *Privacy and human rights*. Manchester, 1977

RODRIGUEZ DEVESA, J.M., SERRANO GOMEZ, A. *Derecho penal español*. P.G. Madrid, 1994.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M. SERRANO GOMEZ, A. *Derecho penal español*. P.E. Madrid, 1994

RODRIGUEZ DEVESA, JM. *Derecho Penal español*. PG, duodécima edición. Madrid, 1999.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. "Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos", en *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor García de Enterría, Madrid, 1992.

RODRIGUEZ PARDO, J. *Derecho de la comunicación*. Lugo, 1999.

RODRIGUEZ RUIZ, B. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid, 1992

ROGEL VIDE, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Bolonia, 1985.

ROJAS, E. "El hombre en crisis", en ABC. Madrid 3 de marzo de 2001. p.65

ROMERO COLOMA, A.M. *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*. Barcelona

ROMERO COLOMA, A.M, *Los bienes y derechos de la personalidad*. Madrid, 1985.

RUBIO DE LA TORRE. "Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor. Comentario a la STC 6]1996 de 16 de enero, sobre protección del derecho al honor. La libertad de información y sus limitaciones", en *Revista General de Derecho*. nº 627, 1996.

RUDOLPHI, H.J. *Systematischer Kommentar Zum Strafgesetzbuch*. paràgrafo 186. Frankfurt. 1989. 4.ed. Alfred Metzner (ST.GB) (art. 29 Ley de Prensa de 29 .VII. 1981)

RUIZ VADILLO, E. *Protección penal del informador*, en *AEDE* nº 21.1996. p.54 y ss.

RUIZ VADILLO, E. "Libertad de información y el derecho a una información veraz en la jurisprudencia constitucional." Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional sobre las libertades informativas en el mundo. Facultad de CC.II. Universidad Complutense de Madrid. 28 de octubre de 1997.

SAINZ MORENO, F. "Secreto e información en el derecho público", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E.García Enterría*. Madrid, 1991

SALVADOR Y OTOS. *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*. Madrid, 1987

SANCHEZ-BRAVO CENJOR, A. *Objetividad en el discurso informativo*. Madrid, 1978

SANCHEZ DE DIEGO, M. "Respuestas del derecho ante la nueva sociedad de la información". Curso de doctorado . Facultad CC.II. Madrid, 1996.

SARAZA JIMENA, R. *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*. Pamplona, 1995

SARTORI, G. *Homo videns, La sociedad teledirigida*. Madrid, 1995

SANTAELLA, M. *El nuevo derecho de la publicidad*. Madrid, 1989.

SANTOS BRIZ. *Derecho de daños*. Madrid, 1963

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coor. I.Serrano Butragueño. Granada, 1998.

SERVAIS PINCKAERS,T. "La conciencia y el error", en *Communio. Revista Católica Internacional*. Segunda época . Año 15. Jul-agost, 1993.p.340

SINOVA J. *El poder y la prensa*. Pamplona. 1995.

SINOVA,J. *La gran mentira.El tinglado de la televisión al descubierto*. Barcelona, 1983

SMITHS , A.*La política de la información*. México, 1984.

SOLOZABAL ECHEVARRIA, JJ."Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", en *Revista Española de Derecho Constitucional*. n° 23 mayo-agosto, 1988 .

SOLOZABAL ECHEVARRIA, J.J. *Acerca de la doctrina del TC en materia de libertad de expresión*. *Revista Estudios Políticos*. -n° 77 (Nueva Epoca). julio -sept. 1992.

SORIA, C. *La hora de la ética informativa*. Barcelona, 1991

TASENDE CALVO, J. J. "La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995.", en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia Imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1998

TEMPRANO, E. *El poder del secreto*. Ariel. Barcelona, 2002.

TERRON MONTERO, J. "Libertad de expresión y constitución", en *Documentación Administrativa*, nº187, Madrid, 1980.p.17-22

TOMAS Y VALIENTE, F. "Ensayo para una historia de la tolerancia", *El País*, 29 de febrero de 1996. p.26

TORO, H. *La ilusión informativa*. Cali. Universidad del Valle. 1992.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Asunto "Castell contra España", en *Estudios de jurisprudencia*. 1992.junio, p.69 y ss

VEGA RUIZ, J.A. de. *Libertad de expresión. Información veraz. Juicios paralelos. Medios de comunicación*. Madrid,1998.

VERA, J. A. "Informar no es alarmar", en *La Razón*. 6 de enero de 2001.p.5

VERA SANTOS, JM. *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del TC*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998

VIVES ANTON, TS. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*. Publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1977.

VOX.D.L.E. Bibliograf. 1.edic. Barcelona. marzo, 1990

VOYENNE BERNARD . “La objetividad en la información”, en Nuestro Tiempo. Pamplona, 1968 . p.169 y ss.

ZARZALEJO, JA. Mesa Redonda en en Ciclo. “Deontología, función social y responsabilidad de los profesionales de la comunicación”. FCCII. UCM. 4 de abril de 2002.

ZUBIRI, X. *El hombre y la verdad*. Madrid, 1999

SENTENCIAS

(STC 6/1981)

(STC 25/ 1981)

(STC 30] 1983)

(STC50/1983)

(STC 105/1983)

(STC 144/1984)

(STS de 3 de febrero de 1984)

(STC 13/1985)

(STC51/1985)

(STC 104/1986)

(STC 159/1986)

(STEDH de 8 de julio de 1986)

(STC 165/1987)

(STC 6/88)

(STC 101/1988)

(STC107/1988)

(STC 231/1988)

(STS de 25 de noviembre de 1988)

(STC 51/1989)

(STC 185/1989)

(STS de 19 de mayo de 1989)

(STC 105/1990.)

(STC 172/ 1990)

(STC 171/1990)

(STC 197/1991)

(STC 214/1991)

(STS de 20 de febrero de 1991)

(STS de 22 de mayo de 1991)

(STC 20/1992)

(STC 40/1992)

(STC 85/1992)

(STC 240/1992.)

(ATC 5/1992)

(STC 297/1992)

(STS de 21 de julio de 1992)

(STC 15/1993)

(STC 123/1993)

(STC 232/1993)

(STC 336/1993)

(STC 178/1993)

(STS 7 de octubre de 1993)

(STC 41/1994)

(STC 117/1994)

(STC 136/1994)

(STC 170/1994)

(STC 320/1994)

(STC 329/1994)

(STC 22/1995)

(STC 39/1995)

(STC 42/1995)

(STC 76/1995)

(STC 78/1995)

(STC 79/1995)

(STC 133/1995)

(STC 139/1995)

(STC 183/1995)

(STC 176/1995)

(ATC 23/1995)

(ATC 68/1995)

(STC 6/1996)

(STC 19/1996)

(STC 28/1996)

(STC 34/1996)

(STC 138/1996)

(STC 190/1996)

(ATC 664/1996)

(STC 3/1997)

(STC 51/1997)

(STS de 26 de abril de 1997)

(STC 1/1998)

(STC 6/1998)

(STC 144/1998)

(STC 17 de marzo de 2000)