

LA DESPENALIZACIÓN DE LAS INTROMISIONES EN LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

Ana AZURMENDI

SUMARIO: I. *La tradición histórica en la protección del derecho al honor, y la novedad aportada por el derecho a la intimidad.* II. *La actual aproximación entre esos modos diferentes de protección que han prevalecido en el caso del honor y la vida privada.* III. *El interés público de la información: la nota ausente de la regulación penal.* IV. *¿Por qué actualmente se está criminalizando la intromisión en la vida privada?* V. *La responsabilidad por daños y la indemnización exigible.* VI. *Conclusión.*

He leído en estos días previos varias informaciones sobre iniciativas legislativas en México para llevar por la vía civil la calumnia, la difamación y la injuria; al mismo tiempo sobre alguna propuesta de ley —en Chiapas— de endurecimiento de las penas de cárcel para el delito de difamación. Está claro que es un tema de máxima actualidad e interés.

He conocido también que se mira a la legislación española de derechos de la personalidad para adoptar algunos de sus principios. Pero aquí es necesario hacer alguna matización, porque en el derecho español actual:

- a) Existe la responsabilidad por daños en el honor, en la intimidad y en la propia imagen.
- b) Se contempla la sanción de privación de la libertad por la comisión de los delitos de calumnias y contra la vida privada.
- c) Se ha mantenido la figura delictiva de la calumnia.

Pienso que la pregunta que todos nos hacemos es: ¿qué será mejor para la convivencia de derechos —derecho a la intimidad, derecho a la in-

formación y a la libertad de expresión—, la regulación civil, la regulación penal o la no regulación?

En un clásico de la literatura jurídica española, Federico Castejón y Martínez de Arizala¹ señalaba que derecho civil y derecho penal tienen un modo diferente de considerar la realidad: los civilistas la ven como una convivencia que debe regularse, mientras que los penalistas miran la realidad como fuerza adversa que debe ser combatida y dominada.² Con un lenguaje actual y focalizado en otros aspectos, Ignacio Berdugo, Luis Arroyo, Nicolás Garcé Rivas, Juan Carlos Ferré y José Ramón Serrano³ dirán que el derecho penal constituye la *última ratio* entre los instrumentos del Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, y consecuentemente debería estar “subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos para el individuo de que dispone el Estado”.

Con todo, otros autores que han tratado sobre la diferencia civil-penal insistirán en que no es tan clara esa distinción, puesto que “a veces una infracción que podría permanecer como exclusivamente civil, puede ser también penal por la consideración política de la importancia del derecho individual perjudicado”.⁴

Sin embargo, para Korkounov⁵ no es una cuestión tan relativa; en su opinión, sólo son punibles “aquellas violaciones de derechos que presentan un carácter de interés general; (mientras que) las que atentan contra derechos individuales y de interés privado, únicamente exigen se indemnice el perjuicio producido”. Por su parte, Sánchez Tejerina⁶ considera ilícitos civiles los que lesionan fundamentalmente intereses individuales, e ilícitos penales los que atacan intereses sociales y dañan o ponen en peligro tales intereses fundamentalmente públicos.

¹ Castejón y Martínez de Arizala, F., *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil. Nuevas aportaciones al ensayo sobre la determinación del concepto de ilicitud en ambos derechos*, Barcelona, Bosch, 1944.

² *Ibidem*, p. 129.

³ Berdugo, I. *et al.*, “Introducción”, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Barcelona, Praxis, 1999.

⁴ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Turín, 1908, ts. I y IV, p. 127, citado por Castejón y Martínez de Arizala, *op. cit.*, nota 1, p. 33.

⁵ Korkounov, *Theorie générale du droit*, París, 1903, p. 252, citado en *ibidem*, p. 33.

⁶ Sánchez Tejerina, *Derecho penal español*, Madrid, 1945, ts. IV y I, p. 25, citado en *ibidem*, p. 33.

Al final nos queda una duda: ¿será sólo una consideración política de mayor o menor importancia del derecho individual lesionado lo que determine la conveniencia de una u otra protección?

Se trata de hablar de la despenalización de los ilícitos contra el honor, la intimidad y la imagen, y debo remitirme necesariamente a dos temas:

- 1) La diferente tradición histórica de uno y otro derechos en cuanto al tipo de protección.
- 2) La actual aproximación entre esos modos diferentes de protección que han prevalecido en el caso del honor y de la vida privada.

I. LA TRADICIÓN HISTÓRICA EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, Y LA NOVEDAD APORTADA POR EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1. *Tradición histórica de la protección penal del derecho al honor*

El bien personal del honor tiene una tradición jurídica mucho más amplia que los derechos a la vida privada y a la propia imagen. Si en el caso del derecho a la intimidad la necesidad de protección comienza a plantearse a finales del siglo XIX, precisamente por la amenaza que supone la actividad periodística y las innovaciones técnicas, el derecho al honor aparece ya contemplado en el derecho romano.⁷

La injuria como lesión a la dignidad aparece con un sentido muy próximo al de nuestros días en el derecho pretorio entre la segunda mitad del siglo II a. C. y el primer tercio del siglo I d. C. El honor, en el derecho romano, era un estado de dignidad, sancionado por leyes y costumbres; la *iniuria*, que era la vulneración de ese estado de dignidad, comprendía originariamente tres nociones:

- a) El sentido de la propia dignidad (*dignitas*).
- b) La estima o buena opinión ajena (*fama/infamia*).
- c) Las ventajas inherentes a una buena reputación (*cómoda bonae famae*).

⁷ Sigo en este punto la exposición de Herrero-Tejedor, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, 2a. ed., Madrid, Colex, 1995, pp. 33 y 34.

Pero el precedente de las circunstancias actuales de la protección jurídica del honor se sitúa en la época de oro de los impresores, el siglo XVI.

El invento de la imprenta con el consecuente incremento de la posibilidad de difundir escritos obligó a una especial atención por parte de los poderes públicos a los libelos (escritos infamantes). Así, se tiene noticia, por ejemplo, de que en 1566 a Joannes Graphaeus (1502-1571), uno de los primeros impresores de los Países Bajos, se le cita —junto con otros impresores— en Amberes para que identifique al impresor de un libelo clandestino. Libertad de expresión, tecnología de comunicación y derecho al honor habían comenzado su pugna.

Si el siglo XVI es la época de oro de la imprenta, el siglo XIX lo será de la codificación. En el primer Código Penal español, de 1822, se contempla la protección del honor entre los delitos “contra la honra, fama y tranquilidad de las personas” en un epígrafe “de las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados”;⁸ fórmulas que

⁸ Código de 1822: “Artículo 699. El que en discurso ó acto público, en papel leído, ó en conversación tenida abiertamente en sitio ó reunión pública, ó en concurrencia particular numerosa, calumnie á otro imputándole voluntariamente un hecho falso, de que si fuere cierto le podría resultar alguna deshonor, odiosidad ó desprecio en la opinión común de sus conciudadanos, ó algún otro perjuicio, sufrirá una reclusión de uno á seis años, y se retractará públicamente de la calumnia. Si la imputación falsa fuera de delito ó culpa á que esté señalada pena por la ley, se impondrá al calumniador, además de la retractación pública, la mitad á las dos terceras partes de la misma pena que se impondría al calumniador si fuere cierta la imputación; sin que en ningún caso pueda bajar la pena del que calumnie en público de uno á seis años de reclusión. Tendráse por concurrencia particular numerosa para el caso de este artículo toda aquella que pase de diez personas, además de las que habiten en la casa ó sitio privado donde se verifique la concurrencia.

Artículo 700. Si la calumnia fuere cometida en cartel, anuncio, pasquín, lámina, pintura ú otro documento puesto al público, ó en papel impreso ó en manuscrito que haya sido distribuido á otras personas, ó enviado ó presentado á alguna autoridad, y la imputación falsa fuere suficiente para mancillar de algún modo la honra y fama del calumniador, será considerado el calumniador como reo de libelo infamatorio y calumnioso, y sufrirá, además de las penas prescritas en el artículo precedente, una multa de veinte á doscientos duros.

Artículo 703. Es injuria todo acto hecho, toda palabra dicha con intención de deshonrar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, de preciable ó sospechosos, ó mofar ó poner en ridículo á otra persona, siempre que efectivamente el acto hecho ó la palabra dicha sea bastante para poder causar alguno de estos efectos en la opinión común...”

Y en el título IX, *De los delitos y culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta*, capítulo único, establece: “Artículo 592. Abúsase de la libertad de imprenta de los modos siguientes: Primero: con impresos subversivos publicando máximas ó doctrinas que tengan una tendencia directa á destruir ó trastornar la

con algunos cambios mantuvieron los códigos de 1848, 1870, 1928 (de la dictadura de Primo de Rivera, objeto de numerosas críticas), 1932 (promulgado al año siguiente de la II República), 1944, el texto refundido de 1973 y el llamado Código Penal de la Democracia, de 1995, que sigue considerando los delitos contra el honor entre sus artículos.⁹

Lo que deseo señalar con esto es que hay una larga tradición continental europea —desde luego española— de protección penal del derecho al honor, que ni siquiera en los momentos de mayor cambio —como puede ser en el caso español el paso del Código de 1973 al Código de 1995— se rompe. Los códigos penales alemán, austriaco, francés, italiano, portugués y suizo contemporáneos¹⁰ contemplan asimismo los delitos de injuria y calumnia; incluso algunos códigos, como el alemán, austriaco y suizo, regulan de forma diferenciada la difamación como una imputación de hechos. Por contraste, y sigo en este punto a Hölder Frau¹¹ y Vives Antón,¹² en el derecho anglosajón “el peso de la protección del honor des cansa en las acciones por libelo” basadas en la vía civil.

religión del Estado ó la Constitución Política de la Monarquía, ó incurriendo en el caso primero del artículo 210. Segundo: con impresos o incitadores a la rebelión, ó á la sedición, ó á la turbación de la tranquilidad pública, incurriendo en los casos respectivos de los artículos 259, 296, 297 y 311. Tercero: con impresos incitadores directamente á la desobediencia, incurriendo en los casos de los artículos 323 y 325. Cuarto: con impresos incitadores indirectamente á la desobediencia, ó á la inobservancia de la Constitución, provocando á ello con sátiras ó invectivas, según los artículos 215 y 324. Quinto: con impresos obscenos ó contrarios á las buenas costumbres, comprendidos en el artículo 532. Sesto: con libelos infamatorios, en que se injurie gravemente á alguna persona, conforme á lo declarado en el capítulo primero, título segundo de la segunda parte, fuera de los casos en que según el mismo capítulo no se comete injuria. Sétimo: con papeles injuriosos, en que se injurie levemente á alguna persona, conforme á lo declarado en dicho capítulo primero, título segundo de la segunda parte. Las penas de estos abusos serán respectivamente las señaladas en dichos capítulos y artículos y en el 212, 223 y 228”.

⁹ Código Penal español de 1995: “Artículo 205. Es calumnia la imputación de un delito, hecho con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 208. Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Los artículos 490.3 y 491 recogen los delitos de calumnia e injuria contra miembros de la familia real.

¹⁰ Comentarios en los tipos delictivos que hacen referencia al honor por Hölder Frau, H. A., “La protección penal del derecho al honor en los delitos por injurias y calumnias”, *Noticias Jurídicas*, junio de 2004, en www.noticias.juridicas.com.

¹¹ *Idem*.

¹² Vives Antón, T., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977.

2. *La inicial protección civil del derecho a la intimidad y a la propia imagen*

El derecho a la vida privada, mejor dicho, la necesidad de su protección, tiene un origen muy diferente. Surge precisamente a partir de la actividad periodística moderna, con el significado de popular, de amplias tiradas de ejemplares. Los abogados bostonianos Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en “The Right to Privacy”, artículo publicado en la revista *Harvard Law Review* en 1890, lograron dar nombre y fundamento jurídico a una prerrogativa de carácter personal que los periódicos parecían muchas veces ignorar:

Recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse para la protección de la persona, y para asegurar al individuo lo que el juez Cooley denominó “el derecho a ser dejado en paz”. Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica, y numerosos aparatos mecánicos amenazan hacer buena la predicción de que “lo que es susurrado en lo cerrado se proclamará desde los tejados”.

El derecho a la intimidad es una creación de la jurisprudencia francesa y estadounidense,¹³ que a partir del principio general de derecho civil *ne-minem laedere* —no se puede causar a nadie un mal injustamente sin que ese mal origine responsabilidad de reparar el mal— extendieron la aplicación del derecho a realidades que no estaban recogidas en las leyes penales, pero que resultaban dañosas.

Las primeras construcciones doctrinales acerca de este derecho, como fue la de Warren y Brandeis, situaban dentro del concepto de intimidad:

- a) La intrusión en un espacio o situación privada.
- b) La difusión de hechos de la vida privada.
- c) La difusión de la imagen personal.
- d) La falsificación de la imagen, bien por un montaje, bien en un contexto inapropiado, etcétera.

¹³ Entre otros, Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, nota 7; Ángel de Yagüez, R., “La protección de la personalidad en el derecho privado”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 83, 1974, pp. 7-142; Cupis, A. de, *I diritti della personalità*, Milán, 1982.

II. LA ACTUAL APROXIMACIÓN ENTRE ESOS MODOS DIFERENTES DE PROTECCIÓN QUE HAN PREVALECIDO EN EL CASO DEL HONOR Y LA VIDA PRIVADA

En nuestros días, se ha dado o se está dando una aproximación entre esos modos diferentes de protección del honor y de la intimidad. Pienso que son dos los motores de este acercamiento: la presencia y cada vez mayor peso del derecho a la información, por un lado, y la existencia de nuevos modos de vulnerar el derecho a la intimidad, por el otro.

1. *La relativización de la protección penal del honor por el creciente peso del derecho a la información*

Anteriormente he comentado cómo en el derecho anglosajón “el peso de la protección del honor descansa en las acciones por libelo” basadas en la vía civil, al contrario de lo que ocurre en el derecho continental europeo, donde el honor se protege sobre todo por vía penal.

Lejos de permanecer aisladas una y otra corriente, el derecho anglosajón —principalmente el estadounidense— ha contribuido a una creciente “civilización” de los derechos de la personalidad, de manera que tanto el derecho al honor como el derecho a la intimidad y a la propia imagen, aun teniendo una protección penal, se han ido complementado en muchos países con una protección civil. La influencia del derecho anglosajón se ha realizado a través de la *adopción de la técnica de ponderación de derechos*, en una búsqueda de la convivencia de los derechos fundamentales. De manera que tanto el honor como la intimidad y la imagen se entenderán no sólo en sí mismos sino en referencia al derecho a la información —básico, por otro lado, para la consolidación de la vida democrática—.

De manera que puede afirmarse con razón que el desplazamiento de lo penal hacia lo civil se ha visto favorecido —al menos en el caso de España— por una jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que ha apuntado hacia la *percepción de un doble contenido de los derechos de la personalidad*. Éstos —honor, intimidad e imagen— tienen un contenido positivo, en sí mismos, que se corresponde con el reconocimiento del que son objeto en el artículo 18.1 de la Constitución: “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”; y, a la vez, estarían dotados de un contenido negativo, en cuanto limita-

dores de otros derechos.¹⁴ Planteamiento mayoritariamente aceptado por los autores que han estudiado las difíciles relaciones entre derecho a la información y los derechos de la personalidad.¹⁵

Desde ese doble contenido, positivo y negativo, se hace necesario acudir a la técnica de la ponderación de derechos cuando se plantea un conflicto con el ejercicio de otro derecho como el derecho a la información. Y para ponderar resultará imprescindible “determinar el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca” (STC 219/1992, fundamento jurídico 2).

Actividad de valoración que el mismo Tribunal Constitucional describe como “tarea amplia, compleja, que exige partir de los textos legales pero aplicarlos más allá de su literalidad, llegando a establecer qué es lo justo en un caso dado mediante un juicio de equidad”. Porque

...en el conflicto entre libertades reconocidas en el artículo 20 de la CE y otros bienes jurídicamente protegidos, entre los que se encuentra el derecho al honor, los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso uno de los derechos, sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o por el contrario, si ha trans-

¹⁴ Como se afirma en el artículo 20.4, “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

¹⁵ Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, nota 7; Tugendhat, M. y Christie, I. (eds.), *The Law of Privacy and the Media*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2002; Alderman, E. y Caroline, C., *The Right to Privacy*, Nueva York, Vintage Books, 1997; Berdugo Gómez de la Torre, I., *Honor y libertad de expresión: las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Madrid, Tecnos, 1987; Barendt, E., “Privacy and the Press”, *Yearbook of Media and Entertainment Law*, 1, 1995, pp. 23 y ss.; Wacks, *Privacy and Press Freedom*, Londres, Blackstone, 1995; Calderón Ramos, R., “Confrontación entre los derechos reconocidos en el artículo 18 CE y los contemplados en su artículo 20”, en Aragón, M. *et al.*, *La Constitución y la práctica del derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1998; O’Callaghan Muñoz, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Edersa, 1991; Ruiz Miguel, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995; Salvador Coderch, P., “Honor y libertad de expresión. Una reseña jurisprudencial”, *Derecho privado y Constitución*, 10, 1996, pp. 329 y ss.; Saraza Jimena, R., *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995; Lete Achirica, J., “Colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y a la intimidad”, *Revista de Derecho Público*, 1998, pp. 328 y ss.

gredido su ámbito, señalando igualmente que son elementos de primer orden a considerar la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de la opinión pública libre, la importancia objetiva de la información... (SSTC 15/1993, fundamento jurídico 1 y 46/2002, fundamentos jurídicos 6 y 7, que a su vez hacen referencia a otras).

2. *La influencia de la jurisprudencia estadounidense*

La jurisprudencia estadounidense ha aportado una importante argumentación casuística sobre el conflicto entre el derecho a la información o a la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, en sus particulares manifestaciones de los ilícitos civiles de *privacy* y *defamation*.¹⁶

Dos de los casos más representativos, a los que se reconoce un peso específico en resoluciones judiciales posteriores, son *New York Times vs. Sullivan* (376US 254 11L de 2d 686, 84 S Ct 710, 95 ALR2d 1412, 1964) —que ofrece, además, un concepto bien delimitado sobre el “reportaje neutral”—, y *Briscoe vs. Reader’s Digest Association Inc.* (4 Cal 3d 529, 93 Cal Rptr 866, 483 P2d 34 (1971), 1 Med L Rptr 1845, 57 ALR3d1). Este último, aunque es menos célebre, tiene el indudable mérito de establecer los criterios para la valoración adecuada del carácter de “noticiable” en los supuestos que afecten la vida privada,¹⁷ y que se traducen en:

- a) El valor social de los hechos publicados,
- b) La intensidad de la intrusión en hechos manifiestamente privados, y
- c) La averiguación de hasta qué extremo el individuo se ha colocado voluntariamente en una posición de fama o notoriedad.

El Tribunal Constitucional español menciona expresamente el caso *New York Times vs. Sullivan* en una de sus sentencias,¹⁸ mientras que en muchas otras —sin mencionarlo— utiliza su contenido como argumento

¹⁶ En la obra de Tugengdhat, M. y Christie, I., *op. cit.*, nota anterior, pp. xxviii, se presenta una relación exhaustiva de los casos sobre *privacy* y *defamation* relacionados con *privacy* de los tribunales estadounidenses con su referencia completa.

¹⁷ Fayós Gardó, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 64, comenta el caso.

¹⁸ Sentencia 232/1993, fundamento jurídico 3, donde se resume su doctrina sobre “reportaje neutral”.

principal.¹⁹ Es decir, hay una transferencia del tradicional concepto del *balancing of interest* de la jurisprudencia estadounidense a la argumentación del Tribunal Constitucional. *Balancing of interest* en los supuestos de colisión entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad se traduce en la ponderación entre el interés público de la difusión de una noticia, por una parte, y el interés de la persona a ser protegida frente a la intromisión en su honor, intimidad o imagen, por otra.

La sentencia *New York Times vs. Sullivan* aporta un dato interesante que demuestra la atenta mirada de los magistrados del Tribunal Constitucional español a la jurisprudencia sobre la primera enmienda de la Constitución americana. En ella se dice textualmente que la verdad de la información no queda alterada por los errores accidentales, ya que en el “debate libre” los errores son inevitables y han de ser tolerados para que las libertades de expresión tengan el suficiente “espacio para respirar” (*breathing space*) y puedan sobrevivir.²⁰ Creo que es algo más que una coincidencia el argumento del Tribunal Constitucional del tipo de la STC 110/2000: “...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 será el silencio” (fundamento jurídico 8), copia de lo expresado por el Tribunal Supremo estadounidense, aunque con un toque conclusivo radical (“la única garantía de la seguridad jurídica será el silencio”) que, a ciencia cierta, no procede del ámbito anglosajón.

El *balancing*, en definitiva, responde a un planteamiento pragmático sobre la articulación de derechos en el que el contenido de los mismos pasa a un segundo plano en pro de solucionar un posible conflicto. Se ha pasado de proteger un “estado personal de dignidad” en sí mismo (algo que late detrás de las concepciones más clásicas del derecho al honor) a valorar hasta qué punto es legítima su lesión para garantizar en una situación concreta las pretensiones del derecho a la información. Es decir: en la ponderación de derechos corresponde medir qué daño pueden soportar

¹⁹ STC 41/1994, fundamento jurídico 4; STC 22/1995, fundamento jurídico 3; STC 6/1996, fundamento jurídico 5; STC 52/1996, fundamento jurídico 3; STC 190/1996, fundamento jurídico, 4; STC 134/1999, fundamento jurídico 4; y STC 76/2002, fundamento jurídico 3.

²⁰ Mencionado también por Fayos Gardó, A., *op. cit.*, nota 17, p. 86.

los derechos de la personalidad, enfoque típicamente civilista frente al del tipo objetivo y la culpabilidad del sujeto del enfoque penalista.

3. *De la exceptio veritatis a la veracidad exigible*

El segundo de los aspectos en los que el desplazamiento hacia la protección civil se ha evidenciado radica en la interpretación del criterio de veracidad. El Tribunal Constitucional español comprende la veracidad exigida a la información periodística no como un contraste entre lo difundido en una noticia y lo ocurrido en la realidad, sino como una exigencia de cumplimiento de diligencia profesional por parte del periodista (sentencias 6/1988 y 105/1990, entre otras):²¹

...la regla constitucional de la información veraz impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores accidentales que no afecten a la esencia de lo informado.

Es decir, frente a la *exceptio veritatis* de carácter objetivo, como eximente de responsabilidad penal en los delitos de calumnia y de difamación (en las legislaciones en las que este tipo de imputación de hechos se contempla), el derecho fundamental a la información ampararía la noticia cuya veracidad hubiera sido “comprobada razonablemente” desde criterios profesionales periodísticos, no afectando a la verdad de la noticia el error accidental en que haya podido incurrirse. Por otro lado, el mismo legislador penal ha tomado nota de esta versión de la verdad exigida a la información periodística, y en la nueva formulación del Código Penal español de 1995 define la calumnia como “la imputación de un delito hecho con conocimiento de su falsedad o *temerario desprecio hacia la verdad*” (artículo 205), insistiendo en examinar la actitud y conducta

²¹ Argumentos que se repiten en las sentencias 15/1993, fundamento jurídico 2; 123/1993, fundamento jurídico 4; 183/1995, fundamento jurídico 3; 4/1996, fundamento jurídico 3; 6/1996, fundamento jurídico 4; 28/1996, fundamento jurídico 3; 52/1996, fundamento jurídico 2; 51/1997, fundamento jurídico 4; 134/1999, fundamento jurídico 4; 192/1999, fundamentos jurídicos 4 y 6; 21/2000, fundamento jurídico 5; 110/2000, fundamento jurídico 8; 52/2002, fundamento jurídico 5; 126/2003, fundamento jurídico 6.

de quien difunde la información más que el contraste objetivo con la realidad.

Comentando esta traslación de lo objetivo a lo subjetivo en el criterio de verdad, Fernández Palma²² señala:

el legislador penal, atento con el papel que le corresponde jugar en una sociedad democrática al derecho a la información, declara no delictivas las imputaciones de hechos salvo que se lleven a cabo con desprecio temerario hacia la verdad. Desde este punto de vista se relativiza la veracidad, pues en este supuesto lo decisivo no es que el sujeto conozca o no la falsedad del enunciado emitido, pues tal premisa es ajena a la redacción típica —desprecio hacia la verdad—, sino la conformación de un comportamiento indiferente con la veracidad, o siguiendo la terminología ya acuñada, la difusión de un enunciado subjetivamente inveraz.

Este cambio conceptual de la veracidad exigida a la noticia periodística inmediatamente tiene su efecto en un desplazamiento de la tutela penal del derecho al honor hacia la tutela civil, porque el examen de la noticia periodística lesiva del honor se va a focalizar tanto en si el contenido cumple o no los requisitos de veracidad como en el daño que haya podido causar a una persona. Berdugo Gómez de la Torre²³ y Vives Antón²⁴ insistirán en la sustitución de la veracidad objetiva por la subjetiva en la nueva regulación de los delitos contra el honor, de manera que la *exceptio veritatis* queda reducida a los supuestos en los que un hecho imputado con temerario desprecio hacia la verdad resuelta *ex post* verdadero, configurándose aquella como “una causa de exclusión de la penalidad de naturaleza objetiva”. Tal y como hoy está regulado penalmente el honor en España, la *ratio* de la operatividad de la veracidad “no radica en la punición sin más de la falsedad o de la *mentira* como pudiera deducirse ‘*a contrario sensu*’, sino en su funcionalidad en orden a la salvaguarda del honor. Es decir, su papel se orienta al ámbito de conductas que más gravemente conducen a la lesión del bien jurídico”.²⁵

²² Fernández Palma, R., *El delito de injuria*, Elcano, Aranzadi, 2001, pp. 285 y 286.

²³ 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”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 34.

²⁴ Vives Antón, T., “Delitos contra el honor”, en varios autores, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 283.

²⁵ Fernández Palma, R., *op. cit.*, nota 22, p. 288.

III. EL INTERÉS PÚBLICO DE LA INFORMACIÓN: LA NOTA AUSENTE DE LA REGULACIÓN PENAL

Pero no sólo la veracidad —en su dimensión objetiva o subjetiva— tiene relevancia en la difícil relación entre derecho a difundir y a recibir información y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Existe otro elemento —ausente en la regulación penal— que es el del interés público de la noticia. Así, la jurisprudencia constitucional española, en los casos de conflicto entre derechos de la personalidad y derecho de la información, ha establecido la necesidad de la ponderación de cada uno de los derechos en el caso concreto que se presente, teniendo en cuenta el interés de la información para el público. Más aún, en aquellos casos en los que la persona sienta vulnerados su honor, intimidad o imagen, se prestará especial atención a su condición de personaje público —bien porque su cargo o trabajo tengan una específica proyección social, o bien porque esa persona deviene “famosa” por su búsqueda de llamar la atención de los medios de comunicación—.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene asimismo este criterio ponderativo, en el que —junto a la veracidad de la noticia— hace también referencia a su interés público.²⁶ Al corresponder al derecho a la información la formación y el mantenimiento de la opinión pública en una sociedad democrática, y constituirse de este modo en uno de sus fundamentos y garantías, se entiende que se le otorgue una posición privilegiada, siempre que las noticias difundidas contribuyan a tal objetivo. Porque de lo contrario estaría del todo injustificada tal prevalencia.

Como argumenta Fernández Palma, teniendo en cuenta las particularidades de la tutela penal del derecho al honor, carecería de sentido que no

²⁶ Resoluciones *Lingens v. Austria*, del 8 de julio de 1986, en *Publications of the European Court of Human Rights*, serie A 103 (1986); *Halford v. Reino Unido*, del 25 de junio de 1997 (Recueil 1997-III); y las más recientes *Jaime Campmany y Díez de Revenga et Juan Luis López-Galiacho Perona v. España* (déc), núm. 54224/00, del 12 de diciembre de 2000; *Julio Bou Gibert et El Hogar y la Moda J. A. v. España* (déc), núm. 14929/02, del 13 de mayo de 2003; *Prisma Presse Précitées Plon (Société) v. Francia*, núm. 58148/00, del 18 de mayo de 2004; *News Verlags GmbH & Cokg v. Austria*, núm. 31457/96, y *Krone Verlags GmbH & Cokg c. Autriche*, núm. 34315/96, del 26 de febrero de 2002. Además de *Von Hannover v. Alemania (Requête núm. 59320/00)*, del 24 de junio de 2004 (aunque en este caso era el derecho a la vida privada lo que estaba en juego, la argumentación incidía en estos mismos aspectos).

se examinara la presencia del interés público en dar una noticia lesiva del honor de alguien.

[Porque no todo] el haz de relaciones externas del individuo tienen necesariamente que estar expuestos al conocimiento público, y teniendo en cuenta el riesgo existente de que las informaciones difundidas puedan resultar *ex post* inveraces o erróneas, resulta adecuado someter a ese riesgo sólo a aquel ámbito del comportamiento de terceros que revista un cierto grado de interés común... Pues sólo la relevancia de lo difundido justifica la posibilidad de una puesta en peligro del bien jurídico, que de otro modo no resultaría fundamentada.²⁷

Así, para esta autora, la conducta que sería exigible —desde un examen penal— al periodista en referencia a los derechos de la personalidad, y en particular al derecho al honor, aunque es extensible también al derecho a la intimidad y a la propia imagen, sería la siguiente:

Primero. “El examen del carácter de noticiable de la información, teniendo en cuenta el interés público de los datos que se pretenden difundir. Para lo que se deberán sopesar los elementos materiales y formales capaces de infundir a la información un grado de relevancia suficiente, con especial atención a los sujetos afectados, al medio en el que se difunden y al contenido del mensaje”.

Segundo. “El sujeto tendrá que sopesar el potencial lesivo de la información para el honor del afectado, en particular si el contenido, las circunstancias y los efectos confieren a la imputación carácter grave. Todo ello en orden a extremar el cuidado en la contrastación del siguiente de los pasos del proceso”.

Tercero. “Al informador le concierne el deber de contrastar la veracidad de la información con datos externos de los que objetivamente se derive la naturaleza veraz de los datos que se pretenden dar a conocer. Contrastación que deberá ser tanto más cuidadosa, cuanto mayor resulte la virtualidad de la posible agresión al honor”.²⁸

Resumo con Muñoz Machado:²⁹

²⁷ Fernández Palma, R., *op. cit.*, nota 22, pp. 311 y 312.

²⁸ *Ibidem*, pp. 316 y 317.

²⁹ Muñoz Machado, S., “Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación”, *Poder Judicial*, 1, 1986, p. 14.

...no parece estar a la altura de los tiempos en que vivimos que la sanción por informaciones lesivas para el honor sea, ordinariamente, el encarcelamiento del informador desmesurado. Desde el punto de vista constitucional, tampoco parece que el contrapeso entre los derechos al honor del artículo 18.1 [de la Constitución Española] y a informar del artículo 20.1 d) [del mismo texto constitucional] se salde con un correctivo tan rotundo para quien se extralimite en este último. Dada la importancia de la información en los países democráticos, aunque su uso ilegítimo deba ser contundentemente corregido, el empleo de las vías penales puede resultar exagerado y justificar una autorrestricción de la libertad informativa que es inconveniente. En fin —concluye—, en los países que han desarrollado más tanto la libertad de información como los mecanismos jurisdiccionales contra su abuso, son las vías civiles y no las penales las que se emplean usualmente.

Como sugiere Cabedo Nebot,³⁰

...debería plantearse tal vez una remodelación de las figuras jurídicas de la calumnia (y) la injuria, por lo menos entre particulares, evitando cruces e interferencias jurisdiccionales. Hay que proteger el derecho a la información veraz con el respeto a lo privado, pero sin leguleyismos, con claridad. Podría, tal vez, mantenerse sólo como delito la calumnia (siempre entre particulares), dejando todo el resto del campo de la difamación a la jurisdicción civil.³¹

IV. ¿POR QUÉ ACTUALMENTE SE ESTÁ CRIMINALIZANDO LA INTROMISIÓN EN LA VIDA PRIVADA?

Si este tipo de argumentos hablan de una relativización de la protección penal del honor hacia planteamientos más civilistas del derecho, sorprendentemente Francia —por medio de la Ley 70/643 del 17 de julio de 1970— e Italia —mediante la Ley núm. 98/74, de 1974, titulada “Tutela della riservatezza e della libertà e segretezza delle comunicazioni”— han introducido en sus respectivos códigos penales tipos delictivos referidos a la vida privada (en el Código Penal francés se trata de los artícu-

³⁰ Cabedo Nebot, R., “Sobre las acciones por difamación”, *Poder Judicial*, 2, 1986, p. 35.

³¹ Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, nota 7, pp. 125 y 126.

los 368³² y siguientes; en el Código Penal italiano del artículo 615 bis).³³ España ha seguido el mismo camino al introducir en el Código Penal de 1995 los “delitos contra la intimidad y la imagen” en los artículos 197 y siguientes. Disposiciones en las que aparece una cautela común frente a los nuevos medios tecnológicos de captura de imagen y de sonido, y frente a la posibilidad de manejo indiscriminado de ficheros digitalizados de datos personales.³⁴ Hay que añadir que la misma ley francesa que

³² El artículo 226-1 del nuevo Código Penal (la ley de 1970 introdujo el entonces artículo 368) castiga con prisión o multa a “quiconque aura volontairement porté atteinte à l’intimité de la vie privée d’autrui en écoutant, en enregistrant, en transmettant au moyen d’un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé ou l’image d’une personne se trouvant dans un lieu privé sans le consentement de celle-ci”.

³³ “Articolo 615 bis. Chiunque mediante l’uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell’articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo”.

³⁴ Artículo 197 del Código Penal español:

“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 cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas 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 en perjuicio 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 las 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 ra-

incorporó un artículo al Código Penal sobre vida privada, sumó un artículo —el 9o.— al Código Civil, que señalaba que cada uno tiene derecho al respeto de su vida privada y establecía una serie de acciones y medidas para su protección.

No es infrecuente la existencia de casos relativos al derecho a la intimidad que se llevan por la vía penal. El Tribunal Supremo español, en 1999 (STC 234/1999, del 18 de febrero), condenó a un periodista del periódico *Diario de Las Palmas* a un año de prisión, multa de doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de periodista durante un año, por la publicación de un artículo en el que difundía que dos presos con la enfermedad del Sida trabajaban en la cocina de una prisión provincial. El informador identificaba a los presos. Según el Tribunal, con la crónica se había atentado “contra la intimidad de las personas desvelando o, más ampliamente, haciendo un uso ilegítimo de los datos personales insertos en un programa informático” (fundamento de derecho primero).

A favor de la protección penal del derecho a la intimidad, González Rus³⁵ afirma que es imprescindible ante el uso de la informática. En su opinión, en la intimidad concurren las tres notas que tradicionalmente se vienen exigiendo a todo bien jurídico como presupuesto de su protección penal: que sea digno de protección, que sea capaz de protección, y que esté necesitado de protección.

Por otro lado, la informática y las nuevas tecnologías relacionadas con el tratamiento de la información constituyen instrumentos idóneos para lesionar la intimidad o ponerla en peligro, con la suficiente gravedad como para ser objeto de la atención penal. Ofrecerán argumentos semejantes Gómez Pavón y García Vitoria.³⁶

cial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas prevista 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 además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

³⁵ En su artículo “Protección penal de la intimidad y bancos de datos”, revista *Telos*, núm. 37, 1992, también accesible en Internet.

³⁶ Gómez Pavón, *La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, Akal, 1989 y García Vitoria, A., *El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, Aranzadi, 1983, pp. 17 y ss.

Defenderá lo contrario Herrero-Tejedor,³⁷ quien ante la pretensión inicial de la Ley española de 1982 de Protección Civil de los Derechos al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen (Ley 1/1982, del 5 de mayo) de dar prioridad a la vía penal, cuando exista para un supuesto concreto,³⁸ escribe que la protección civil es “el cauce más adecuado para unos derechos que juegan un papel importante en el esquema de las libertades públicas, y que no pueden desconectarse en ningún momento de las libertades de expresión e información”. Porque al atender a su doble contenido positivo y negativo, como límites de estos últimos derechos,

...se comprende fácilmente... que existe un difícil equilibrio, que no puede resolverse habitualmente con medidas represivas de tipo penal. Pensar que los excesos en las libertades de expresión han de dar lugar a penas privativas de libertad, o de inhabilitación para los periodistas —que, por hacer de la comunicación de noticias su profesión, son quienes habitualmente las ejercen—, supondría no reconocer el valor que para la democracia tiene la libertad de expresión y la opinión pública libre.

Más aún, insiste: “si es la vía civil la adecuada, más que la penal, para corregir los excesos en el derecho de información, lo lógico y deseable de *«lege ferenda»* es desplazar cada vez más la protección de la intimidad al terreno privado”.³⁹

Sólo se debería aplicar —en opinión tanto de Herrero-Tejedor como de Muñoz Machado y de Cabedo Nebot— la vía penal contra los libelos

³⁷ Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, nota 7, pp. 123 y ss.

³⁸ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen: “Establece el artículo primero de la misma la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar que son objeto de una protección de esa naturaleza en el proyecto de nuevo Código Penal recientemente aprobado por el Consejo de Ministros. *Por ello, en los casos que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece*”.

³⁹ Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, nota 7, pp. 125 y 126.

más infamantes y lesivos. Y en este sentido, cabría decir que el actual Código Penal español sigue en algún punto este criterio al contemplar la calumnia y la injuria en su forma más grave.

De hecho, la opción del legislador español por la protección civil frente a la penal fue muy bien acogida.⁴⁰ En las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1984 a 1989 (la Ley española de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen se publicó el 5 de mayo de 1982) se menciona que “nada más aprobarse la ley orgánica de 5.V.82, ha empezado a usarse con tal profusión la acción civil que esta norma regula, que puede, con seguridad, decirse que en el corto espacio de tiempo que lleva vigente se ha usado más veces —y aun sólo en los juzgados de Madrid— la vía civil para la protección del honor que el artículo 1902 del Código Civil (de responsabilidad extracontractual) en toda su historia”.

De hecho, comenta Herrero-Tejedor, el crecimiento de los procedimientos civiles de la Ley Orgánica 1/82 ha sido incesante. Una estadística realizada por la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Madrid arroja los siguientes resultados: en 1985 se presentaron ante los veintidós juzgados de primera instancia de Madrid una media de una demanda por semana; en 1986 la cifra se duplicó (cerca de cincuenta procedimientos anuales), y en mayo de 1989 había ya una media de cuatro demandas por semana (aproximadamente cien procedimientos anuales).

Por contraposición, los procedimientos penales por delitos contra el honor que dieron lugar a incoación de sumario fueron, en Madrid, sesenta y dos en 1985, cincuenta y tres en 1986, y veinticinco en 1988.

Aunque es necesario destacar dos elementos favorecedores del éxito de la protección civil: la no exigencia de un *animus* específico en los procedimientos civiles, en contra de lo que sucede en las injurias y calumnias; y, muy especialmente, la generosidad de las indemnizaciones de los órganos de la jurisdicción civil frente a la austeridad manifiesta de los de la penal.

Creo que hasta este punto he logrado fundamentar mi opinión en estos dos asuntos:

- 1) La vía penal debería relegarse a los casos más graves —por la intencionalidad directa de dañar el honor o la vida privada, por ejem-

⁴⁰ Datos comentados por Herrero-Tejedor, F., *ibidem*, p. 126.

plo— o más vulnerables actualmente —por la existencia de bases de datos personales digitales que significan un inmenso poder de control sobre las personas, o por los recursos tecnológicos tan desarrollados de captación de imagen y de sonido—.

- 2) Que siempre deberá tenerse presente a la hora de aplicar el Código Penal —en aquellas circunstancias en las que sí quepa aplicarse— el peso del derecho a la información como piedra angular del sistema democrático.

Pero debo proseguir con la mención de un riesgo que desgraciadamente es una práctica política recurrente en las situaciones —aisladas o habituales— en las que un sistema democrático se quiebra: la utilización de la legislación penal o civil con el fin claro —y nunca confesado— de silenciar a un periodista o a un medio de comunicación. Se trata de una instrumentación de la legislación con pretensiones ajenas a la razón de ser de tales regulaciones. Y ciertamente aquí la abundancia de casos actuales no puede ser más que objeto de denuncia. El caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2 de julio de 2004; las prácticas contra la libertad de expresión y el derecho a la información del régimen chavista en Venezuela, o la actual propuesta de Ley de un Estatuto del Periodista en España son algunos ejemplos contra los que deseo expresar mi repulsa.

V. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y LA INDEMNIZACIÓN EXIGIBLE

Los modos tradicionales de compensación de un daño o perjuicio son tres: restitución, reparación de daños y la indemnización por perjuicios. Tanto la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, como el Código Penal, ambos españoles, hacen referencia a ellos.

Para quienes consideran que la legislación civil es más apta para proteger los derechos de la personalidad y, al mismo tiempo, respetar el derecho a la información, conviene detenerse en uno de estos medios de compensación, como es la indemnización, puesto que puede producir algún efecto añadido no deseable.

Es de todos conocido que la amenaza de carácter económico también puede hacer silenciar a un medio, mediante la autocensura o, incluso, me-

diante el cierre por falta de recursos. Citaré un ejemplo. En España, un periódico *on line* llamado *micanoa.com* (ahora *diarioDirecto.com*) fue condenado en 2003 a pagar una indemnización de 100 mil euros (aproximadamente 125 mil dólares estadounidenses o un millón de pesos mexicanos) y una televisión autonómica, Telemadrid, a cinco veces esa cantidad, tras difundir la noticia de que cinco jugadores del FC Barcelona —a quienes identificaba— “mantuvieron un encuentro con «cuatro señoritas» en el hotel Hesperia de Madrid la víspera de un partido contra el Rayo Vallecano”. Todos los medios de comunicación españoles hicieron eco de la noticia de los jugadores del Barcelona. Prácticamente todos los periódicos criticaron la elevada cifra de la indemnización⁴¹ y, sobre todo, el hecho de que se tuviera que pagar de manera inmediata aunque la sentencia fuera recurrible, en virtud de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Dos medios de comunicación se habían visto obligados a cerrar con anterioridad por esta razón (las revistas *El Siglo* y *La Realidad*). En una entrevista al director de *micanoa.com*,⁴² el conocido periodista Fernando Jáuregui señalaba que estos casos “demuestran que hay una legislación inconveniente para la libertad de expresión. Un viento de autocensura puede abatirse sobre todos nosotros”, y en referencia a las consecuencias prácticas de la ejecución de la indemnización decía: “hemos tenido que reestructurar la redacción y se han perdido algunos puestos de trabajo. En lo personal no puedo ocultar que todo esto me está afectando. Y en lo colectivo, ojalá sirva para que no se repitan más casos como éste, y que alguien considere que hay que modificar la legislación”.

⁴¹ Los criterios que aporta la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen para el cálculo de la indemnización hacen posible este tipo de demanda desorbitada: Artículo 9o. “3. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las *circunstancias del caso* y a la *gravedad de la lesión* efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la *difusión o audiencia del medio* a través del que se haya producido. También se valorará el *beneficio que haya obtenido el causante* de la lesión como consecuencia de la misma. 4. *El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas* a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6o., la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado”.

⁴² En la sección “Encuentros digitales” del diario *Elmundo.es* (www.elmundo.es), del 5 de marzo de 2003.

Finalmente, en 2003 se reformó la Ley de Enjuiciamiento Civil; se añadió un nuevo apartado en el artículo 525,⁴³ sobre sentencias no provisionalmente ejecutables, que incluye entre éstas a las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En definitiva, se constató la voluntad política de facilitar una aplicación racional de la ley al mismo tiempo que se trató de impedir su instrumentación para cercenar las libertades informativas.

Habría que examinar qué ocurre sobre este tema país por país para delimitar la facilidad-dificultad de la censura contra el derecho a la información.

Pero, además, sería necesario estudiar la existencia de otro tipo de medidas que habitualmente intervienen —o pueden intervenir— en los conflictos entre derechos, tales como las cautelares o como el reconocimiento del derecho a replicar o la difusión de la sentencia.⁴⁴

Comenzaré por señalar lo más llamativo de la Ley de Protección Civil de los Derechos al Honor, a la Intimidad y a la Imagen, que cita como elementos de la tutela judicial tanto a las medidas cautelares como el reconocimiento del derecho a replicar:

Artículo 9o. ...2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

⁴³ Ley 7/2000, de Enjuiciamiento Civil, “Artículo 525. *Sentencias no provisionalmente ejecutables*. 3. No procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

⁴⁴ Ley Orgánica 1/1982, artículo 9o.: “3. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las *circunstancias del caso* y a la *gravedad de la lesión* efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la *difusión o audiencia del medio* a través del que se haya producido. También se valorará el *beneficio que haya obtenido el causante* de la lesión como consecuencia de la misma. 4. *El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas* a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6o., la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado”.

Conviene recordar que la responsabilidad civil por daños opera también en el caso de los daños derivados de la comisión de un delito o falta a tenor de los artículos 110 y 116 del Código Penal español. En este sentido se establece una obligación de reparar y restituir, que consiste en la obligación de “publicación o divulgación de la sentencia condenatoria a costa del condenado por tales delitos” (artículo 216 del Código Penal), además de la obligación de indemnizar que corresponde subsidiariamente (artículo 120 del Código Penal) a los 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 esos medios, y solidariamente cuando el delito sea de injurias o de calumnias (artículo 212 del Código Penal).⁴⁵

VI. CONCLUSIÓN

La despenalización de los ilícitos contra el honor, la intimidad y la propia imagen no puede fundarse únicamente en una eliminación de figuras delictivas, o la desaparición de la indemnización como compensación por los daños, porque son derechos que deben contar con una protección adecuada. Cuando se habla de despenalización pienso que debería hablarse más bien de eliminar aquello que fácilmente da lugar a un abuso contra el derecho a la información (al estilo, por ejemplo, de la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil mencionada, o la redacción de los tipos penales del actual Código Penal de 1995). En definitiva, se trata más de un ejercicio de cultura política democrática que consistirá:

- a) En observar todas las normas relativas al honor, a la intimidad y a la imagen desde la perspectiva de la garantía del derecho a la información.
- b) En no instrumentalizar una legislación penal, civil o administrativa existente para el ejercicio de la censura o la promoción de la autocensura.

⁴⁵ Artículo 212. “No obstante si se tratase de delitos de injurias o calumnias, la responsabilidad civil del propietario del medio de difusión será solidaria con los autores de los mencionados delitos”.