

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

**Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia**

**Las libertades de información y expresión como objeto de
tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal.**

I. CONCEPTO: DELIMITACIÓN DE LOS LÍMITES INTERNOS DE LOS DERECHOS A LA INFORMACIÓN Y A LA EXPRESIÓN.

Antes de afrontar los problemas que derivan de la necesaria coexistencia de los derechos a la expresión y a la información con otros derechos fundamentales; antes, por tanto, de enfrentarnos a las técnicas de resolución de posibles conflictos de intereses, si es que los hay, resulta imprescindible realizar una mínima referencia a la delimitación interna de los derechos a los que nos vamos a referir; esto es, al establecimiento de los límites internos de las libertades de expresión e información.

Debe destacarse, en primer lugar, que el ejercicio de los aludidos derechos en absoluto puede colidir materialmente con otros. Es decir, la eventual colisión de los derechos de expresión e información con otros derechos fundamentales tan sólo puede producirse desde un punto de vista espiritualizado, valorativo, pero no físico. Hay que diferenciar, por ello, el ámbito de la expresión del de la acción; esto es, de cualquier manifestación de actividad física que impide la realización de movimiento por parte de otros sujetos. Nada de ello se produce en el ámbito de la información y la expresión. Los problemas de coexistencia no son, por ello, fácticos sino valorativos, pudiendo incidir en los derechos al honor, a la intimidad, en el ámbito privado, o la actuación de los poderes públicos democráticos, en el ámbito público. Es por ello por lo que el desa-

rollo, esto es, la regulación de las limitaciones a las libertades de expresión e información, se habrá de producir con respeto a la reserva de ley orgánica, contemplada en el artículo 81 de la Constitución.

Por el contrario, es verdad que la regulación del concreto ejercicio de las libertades, prevista en la reserva de la ley ordinaria del artículo 53.1 sí puede afectar físicamente al ejercicio de otras libertades similares; esto es, al de las libertades de información y expresión ejercidas por otros ciudadanos: piénsese, en este sentido, en la existencia de limitaciones físicas a las frecuencias de emisión por radio o televisión. De cualquier manera, lo que ahora se quiere resaltar es que los límites que nos interesan son los derivados de la coexistencia con otros derechos, no los que físicamente puedan provenir de la coexistencia de distintas libertades de expresión e información. Nos vamos a referir, por ello, a una materia reservada a la ley orgánica. Se destaca, por eso, que quedan por fuera del ámbito del ejercicio de las libertades de información y expresión todas aquellas actividades que incidan físicamente en las posibilidades de actuación de otras personas.

En este sentido, se diferencian claramente el derecho a la libertad de expresión del que se tiene a la manifestación o reunión, que necesariamente implican limitaciones físicas. En otras palabras, el ejercicio de la libertad de expresión no implica acción material.

Mas adelante habremos de incidir en la diferencia entre el derecho a la expresión y a la información, según afecten a la emisión de valoraciones o a la facilitación de datos respectivamente. Debe, ahora, quedar absolutamente claro que la titularidad de las libertades de expresión e información no corresponde exclusivamente a quién las emite sino fundamentalmente a quién las recibe. Si es cierto que resulta consustancial al libre desarrollo de la personalidad el reconocimiento de la potestades de emisión de expresión e información, lo es aún más el hecho de que la participación en la tareas públicas, e incluso en la vida

social, requieren de una absoluta libertad de recepción de información y expresión; esto es, sólo a través de un reconocimiento máximo de dichas libertades es posible que se forme una opinión pública digna y libre, pilar básico sobre el que ha de fundamentarse el Estado social y democrático de Derecho.

II. SOBRE LA POSICIÓN PREVALENTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Antes de pronunciarnos sobre el papel que la libertad de expresión juega entre los derechos y libertades que fundamentan el Estado de Derecho debe insistirse en la diferenciación entre la expresión referida a la esfera pública o a la privada que, como vemos, adquirirá una gran importancia; así como la distinción entre expresión e información. Esta última es una parte de aquélla: la que se refiere a la narración de hechos. Característica fundamental de la información es, por consiguiente, que se trasladan noticia de acontecimientos, actuaciones, hechos, en general, susceptibles de comprobación real; en otras palabras, mientras que la expresión, en general, no es susceptible de contraste, la información sí lo es. Por ello, puede hablarse de una información falsa o de una información veraz, calificativos que no son aplicables al resto del ámbito de la libertad de expresión. Por libertad de información entendemos, pues, aquel ámbito de la libertad de expresión, susceptible de comprobación, que consiste en la narración de hechos, cuya veracidad objetiva o subjetiva es susceptible de contraste.

Hemos de distinguir, también, aquel ámbito de la expresión que incide sobre actividades públicas o, si se refiere, políticas, del que incide sobre un ámbito estrictamente privado. El constitucionalismo norteamericano tiene ocasión de diferenciar fácilmente ambos conceptos: al primero se refiere la Pri-

mera Enmienda, al segundo, la Quinta. Debe resaltarse que sólo la expresión referida al ámbito público incide de manera directa en la formación de la opinión pública y sólo ella, por tanto, ha de adquirir una relevancia especial que determinará el sentido de la resolución de eventuales conflictos de intereses.

El paso del Estado liberal al Estado social de Derecho ha comportado un distinto papel a otorgar a los poderes públicos en orden a la tutela de la libertad de expresión. Mientras que al Estado liberal competía una función estrictamente negativa, de no intervención, en busca de un libre mercado de las ideas, al Estado social corresponde un papel positivo, expresado en el artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978, de remoción de obstáculos que impidan el ejercicio real de la aludida libertad. No sólo se trata de garantizar una absoluta neutralidad de los medios públicos sino, además, de adoptar las medidas tendentes a evitar la existencia de monopolios u oligopolios informativos que supongan una discordancia con el pluralismo ideológico real existente en la sociedad.

Se afirma en la doctrina que la libertad de expresión incidente en el ámbito público, aquella que contribuye a la libre formación de la opinión pública, ha de ocupar una posición prevalente entre los derechos y libertades de la persona. La fundamentación de dicha posición se basaría, según Smolla, en tres razones fundamentales: el respeto al mercado libre de ideas, cuya concurrencia contribuirá a la libertad de formación de criterio político por los ciudadanos; el respeto a la dignidad y autonomía humanas, que ha de implicar una libertad absoluta en la transmisión y recepción de las ideas, y, en tercer lugar, el autogobierno, expresión máxima de la democracia, que a su vez, ha de suponer varias consecuencias. La primera de ellas es la participación política de los ciudadanos; participación imposible si no existe un libre flujo de expresión e información. La búsqueda de lo que podríamos denominar “verdad política” o, si se prefiere, la formación de la “verdad democrática”, se realiza a través de la suma de las verdades

individuales, de las opiniones de los ciudadanos, por lo que resulta absolutamente inviable si no es a través del reconocimiento máximo de la libertad de información y expresión. Esta contribuye, por otra parte, a facilitar el gobierno de la mayoría, así como el respeto a las minorías. Contribuye, por otra parte, a restringir la tiranía, la corrupción y la ineptitud, que podrían esconderse fácilmente si no hubiera posibilidad de que fueran denunciadas a través del ejercicio de la libertad de expresión. Finalmente, la libertad de expresión contribuye a la promoción de la estabilidad político-social.

En definitiva, la base fundamental de un Estado democrático, que implica la participación de los ciudadanos en la vida política y social, es la existencia de una opinión pública libremente formada. Sin libre formación de la opinión pública no hay democracia. Y consustancial a esa libre formación es una expresión e información que ocupen un lugar preminente entre los derechos fundamentales. La libertad de expresión ha de suponer el reconocimiento de la posibilidad de emitir, por los ciudadanos en general y por los medios de comunicación en particular, todo tipo de ideas y valoraciones, cuya conjunción y análisis formarán la opinión de los ciudadanos. En éste ámbito, debe resaltarse el necesario reconocimiento de una libertad absoluta en la crítica política. Y dentro de esta libertad de expresión, ha de adquirir singular importancia el reconocimiento de la potestad de emitir, y paralelamente recibir, la narración de hechos, esto es, la libertad de información. La formación de la opinión requiere del conocimiento del mayor número posible de hechos públicos trascendentes que se dan en la realidad. Sabido es que una persona sin información es una persona sin opinión. Obviamente, sólo la narración de los hechos veraces contribuye a esa libre formación, por lo que la facilitación de información falsa contribuye paralelamente al error y, por consiguiente, a la deformación de la opinión pública. Es por ello por lo que, a diferencia de lo que sucede en el resto de los ámbitos de la libertad de expresión, cuando nos referimos a la información puede y debe exigirse, para el reconocimiento de

su posición preminente, que ésta sea veraz. Más adelante matizaremos las exigencias de veracidad que a un Estado de Derecho cabe imponer, y que han de permitir la compatibilidad entre la búsqueda de la verdad objetiva y la facilitación de la emisión de informaciones sin miedo alguno a las consecuencias que de la actividad informativa puedan derivarse.

Hay que insistir en la necesidad de deslindar la expresión e información necesaria para la libre formación de la opinión pública de aquellas otras que en nada afectan a ésta, por referirse a esferas estrictamente privadas cuya preservación también es tarea del Estado democrático de Derecho, pues tampoco sin intimidad hay libertad. Así pues, sólo la emisión y recepción de expresiones e informaciones que contribuyan a la libre formación de la opinión pública pueden merecer ese carácter preeminente que el constitucionalismo otorga a las libertades a las que nos referimos. Por cierto, que no es pacífico el reconocimiento de esta posición preeminente por la Constitución Española de 1978, y la misma redacción del artículo 20 contribuye a la polémica. Pero incluso en el ámbito público ha de rechazarse el reconocimiento de aquellas informaciones que, por su falsedad objetiva y subjetiva, resultan negativas para la formación de la opinión pública o de aquellas expresiones, que por su evidente falta de necesidad, tan sólo supongan injurias absolutas.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO OBJETO DE TUTELA PENAL.

Si la libertad de información ha de cumplir el importante papel que se le atribuye, y si a los poderes públicos compete la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de las libertades del individuo y de los grupos en que se integra,

como afirma en artículo 9.2 de la Constitución Española, parece lógico pensar que ha de gozar de una tutela lo suficientemente efectiva como para que dicho papel pueda ser real. Y esa tutela ha de revestir carácter jurídico-penal, en la medida de lo necesario. El Código Penal español tan sólo contiene un precepto que se refiere de manera directa a su tutela: afirma concretamente el artículo 165 bis que “ serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas los que impidieran o obstaculizaran el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de difusión informativa”; mientras que en el 193 señala que “ la autoridad gubernativa que, fuera de los casos permitidos por las leyes, estableciere la censura previa de imprenta, recogiere ediciones de libros o periódicos o suspendiere su publicación, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta”. El Código Penal español, pues, contiene una tutela de la libertad de expresión, propia de un Estado liberal, y obediente a criterios negativos; esto es, de intervención mínima en el mercado de la información. Parece, al menos, cuestionable, la conveniencia de introducir preceptos destinados a alcanzar una tutela del pluralismo informativo, así como concretamente , a la prohibición de la censura que provenga de personas distintas de la autoridad pública. Verdad es que una correcta interpretación de los artículos 165 bis y 165 bis a) puede permitir que cumplan con tales funciones. Y verdad es, también, que a la garantía de la libertad de información puede y debe llegarse por vías distintas a la penal. Con todo, resulta aconsejable que el futuro Código Penal contemple suficientes garantías para la libertad de expresión.

IV. LÍMITES A LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL DERIVADOS DE LA LIBERTAD DE EXPREIACIÓN.

No puede desconocerse que la emisión de expresiones e informaciones puede chocar frontalmente con la salvaguar-

dia de otros intereses constitucionalmente reconocidos. Puede, por ello, producirse un conflicto a resolver mediante las oportunas técnicas jurídicas. Y será aquí donde habremos de plantearnos, de manera más clara, la conveniencia o no de reconocer la aludida posición preeminente a la libertad de expresión. En ese sentido afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986, en su Fundamento Jurídico Sexto, que “Esta posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.d exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio”. Parece, pues, que el supremo intérprete de la Constitución española opta por el reconocimiento de la aludida posición preeminente. Y a tal reconocimiento no se llega necesariamente como consecuencia de la literalidad del artículo 20, ni siquiera por la situación sistemática que tal precepto tiene entre los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino más bien por el papel que intrínsecamente compete a la libertad de expresión en la libre formación de la opinión pública y a ésta en el Estado social y democrático de Derecho.

Varios son los preceptos penales que, para tutelar intereses públicos o privados, afectan, limitándola, a la libertad de expresión y que pueden dar lugar al conflicto de intereses al que se refiere la aludida sentencia del Tribunal Constitucional. No será posible, como es natural, que el presente trabajo se refiera a todos ellos. Me limitaré por ello a reseñar los tipos penales que pueden provocar el conflicto, y aún sin exhaustividad, y a detenerme en alguno de ellos, destacando, en todo caso, que el reconocimiento de la libertad de expresión, especialmente si hemos de aceptar su posición preeminente, ha de constituir un poderoso límite interpretativo a la expansión de la tutela penal de otras libertades.

A.- Tutela de intereses públicos.

Varios son los supuestos en que la libertad de expresión aparece limitada como consecuencia de la tutela de inte-

reses públicos; esto es, que afectan directamente al Estado democrático o al funcionamiento de la Administración.

Así, la libertad de información puede verse limitada por el delito de traición, tipificado en el artículo 122, cuyo número 4 castiga con la pena de reclusión menor al “español que suministrare al enemigo planos de fortalezas 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”. Por su parte, el artículo 122 bis castiga, como traidor, a la pena de prisión mayor “al español que con el propósito de favorecer a una potencia extranjera se procure, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar, susceptibles de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o revelase información legalmente clasificada susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, a potencia extranjera, asociación u organismo internacional”. Entre los delitos relativos a la defensa nacional, se refieren los artículos 135 bis a) y 135 bis b) al descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa de secretos e informaciones y el uso de información privilegiada.

La libertad de expresión, a su vez, puede verse afectada por los delitos contra los Altos Organismos de la Nación: los artículos 146, 147 y 148 tipifican las injurias al Jefe del Estado, y los 156 y 157 las injurias a las Cortes Generales, mientras que el 161 hace lo propio con las dirigidas al Regente o regentes, el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, y los Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

a) Desacatos

Mucha mayor importancia tiene la existencia de la regulación de los delitos de desacato (artículos 240 y siguientes).

tes), donde se contemplan las calumnias, injurias, insultos o amenazas de hecho o de palabra, a un ministro o autoridad, al superior jerárquico de un funcionario público, a los ejércitos o sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados. Especial trascendencia tiene la desmesurada extensión otorgada al artículo 245 que, textualmente, afirma que “se impondrá la pena de arresto mayor a los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra a los funcionarios públicos o a los agentes de la Autoridad, en su presencia o en escrito que le dirigieren”.

Todo es discutible en esta regulación, desde cuál es el objeto de tutela hasta cuál debe ser su ámbito de extensión o aún su mera existencia. No resulta admisible la afirmación de que se proteja el honor de las instituciones, pues éstas no poseen tal atributo. La tutela del honor no es otra que la que se presta a la dignidad de la persona como más adelante tendremos ocasión de remarcar, y a su vez la dignidad sólo es atribuible a la persona física. El Tribunal Supremo afirma que el bien jurídico es el principio de la autoridad, identificado por Rodríguez Devesa y Muñoz Conde con la dignidad de la función pública, mientras que para Córdoba se protegería el honor o seguridad de los funcionarios públicos en su calidad de titulares de la función, y para Jaso, Morillas y Bustos se tutelaría el normal funcionamiento de la vida político-administrativa del Estado. De modo similar, Octavio de Toledo se refiere al ejercicio de la función pública y García Arán al normal funcionamiento de las instituciones del Estado. Destaca Vives Antón, cómo en la regulación de los desacatos resulta posible diferenciar claramente entre el ataque al bien jurídico individual que puede resultar menoscabado por el hecho y el incidente sobre el bien jurídico colectivo dignidad de la función pública, entendida como requisito indispensable para el ejercicio de las diversas competencias de los órganos del Estado: aquí es el mismo ataque contra el bien jurídico individual el que representa un menoscabo en el ejercicio de las funciones encomendadas al que lo recibe. Propone este autor una

simplificación que deje en el ámbito de los delitos contra la seguridad interior del Estado tan sólo lo que necesariamente ha de contemplarse desde la perspectiva del orden público (las amenazas a autoridades o funcionarios públicos y los ataques a la dignidad de la función perpetrados en presencia de quién la ejerce y durante el desarrollo de la actividad pública) basando la tutela genérica otorgada en los delitos contra los particulares para el resto de las actuales infracciones. Lo que, en todo caso, se pone de relieve es que mediante el desacato se afecta al funcionamiento del Estado democrático y que su ámbito de extensión, si queremos ser coherentes con la función que debe desempeñar, ha de respetar la libertad de expresión, siempre que ésta no impida de manera directa el normal funcionamiento de las instituciones. Suscribo, por ello, la propuesta de Vives. Por otra parte, habría de hacerse extensivo a los desacatos, como proponen Muñoz Conde y García Arán, la aplicación de la *exceptio veritatis* prevista para injurias y calumnias. Ciertamente, la admisión de la propuesta de Vives conllevaría como consecuencia las de Muñoz Conde y García Arán.

En definitiva, resulta necesario reducir sustancialmente el ámbito de extensión de los desacatos, limitándose a castigar aquellas conductas que impiden el efectivo ejercicio de las instituciones del Estado y que, de acuerdo con lo afirmado al comienzo de este trabajo, más bien corresponden al ámbito de la acción que al de la expresión. Por el contrario, la vigente regulación menoscaba la libertad de expresión, primando el mero principio de autoridad sobre la formación libre de la opinión pública y, por consiguiente, sobre el carácter democrático de las instituciones.

b) Apología

Especial relevancia tiene la desdichada regulación de la apología que contempla el Código Penal español y que supone

una de las más importantes limitaciones a la libertad de expresión que contiene el cuerpo punitivo. Castiga el párrafo segundo del artículo 216 bis. a) con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de los delitos a los que se refiere, al reo de apología del terrorismo (artículo 174 bis.b) y a la rebelión (artículo 214 y 217), así como el de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse. Por su parte, el artículo 221 prevé la pena de prisión menor para la apología de la sedición militar, y el 268 dispone que “el que hiciera apología oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de delitos comprendidos en este título de los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del tribunal, a la correspondiente al delito que hubiese sido objeto de la apología”. El título de referencia es el de los delitos contra la seguridad interior del Estado.

Dos son las concepciones mantenidas en la doctrina sobre la apología: la que la considera como un delito autónomo, con un bien jurídico propio identificable con el orden público, y la que entiende que es un acto preparatorio identificable con una especie de la provocación.

En el primer caso, resultará difícil entender por qué el castigo de la apología se refiere siempre al de otro delito e imposible de mantener que la mera expresión de ideas encomiásticas, desligadas del potencial peligro que pueda comportar llevarlas a la práctica, pueda ser castigada en un Estado democrático. Entiendo, por el contrario, que la apología es un acto preparatorio, una especie de la provocación a delinquir. Ello comporta una drástica reducción de su ámbito de aplicación: sólo es punible aquella apología que venga acompañada de un ánimo de provocar que vaya dirigido a una generalidad de personas, que conlleve un peligro siquiera sea abstracto que vendrá a coincidir enteramente con el de la provocación a la delincuencia, por lo que basta y sobra con dicha institución.

La afirmación anterior no debe servir de excusa, por cierto, para que la eventual supresión de la apología viniera a suponer una extensión de la provocación. Si entendemos la apología como una provocación es obvio que nunca la mera facilitación de datos objetivos podrá revestir tal carácter, por lo que nunca la información podrá ser apologética; en otras palabras, un Estado democrático no puede limitar la información so pretexto de que constituye una provocación a la delincuencia, y por lo que se refiere a expresión de ideas la limitación sólo puede derivar de su carácter provocador, y con las limitaciones que corresponden a la naturaleza de acto preparatorio. En definitiva, el Código Penal de un Estado democrático no debe contener una regulación específica de la apología, pues ello constituye un claro ataque a la libertad de expresión y al pluralismo político.

B. Tutela de intereses privados.

Las limitaciones a la libertad de expresión que provienen de la tutela de intereses privados derivan de la regulación de los delitos contra el honor y contra la intimidad de las personas. Nos extenderemos tan sólo sobre el primero de estos aspectos.

a) Delitos contra el honor

1. Concepto de honor. Delimitación de los límites internos.

Habremos de referirnos, en primer lugar, al concepto de honor y a la concreción de sus límites internos. De acuerdo con la clasificación de Musco, puede hablarse de concepciones fácticas y normativas sobre el honor. Las primeras vinculan su existencia a un dato de la realidad y pueden ser psicológicas o sociológicas, según se refieran a la autoestima o a la reputación social del sujeto. Más nos interesan las concepcio-

nes normativas, sean éstas sociales, esto es referidas al merecimiento de reputación social, o jurídicas. Para Alonso Alamo el honor es un aspecto de la dignidad, entendida como valor ético y social de actuación del que surge una pretensión de respeto. La dignidad es igual para todos y el honor puede disminuir, pero no aumentar. Por su parte, Berdugo define el honor como el conjunto de relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. La dignidad y el honor serían el mismo para todos, si bien se explicaría la diferencia en la intensidad de tutela que el ordenamiento dispensa a las diferentes personas, en función del nivel de participación del individuo en el sistema social. Por su parte, Cardenal Murillo y Serrano González de Murillo afirman que “el bien jurídico en los delitos contra el honor queda configurado por dos consideraciones distintas, aunque complementarias, ambas emanadas del concepto de dignidad de la persona, como manifestaciones de su concreción mínima: el honor interno, o respeto a la persona por el mero hecho de ser persona, y el honor externo o heteroestima, entendida como posibilidad que asiste a todo individuo por igual de ejercer el libre desarrollo de su personalidad a través de sus propios actos y de que el resultado de dicho ejercicio no se vea falseado”. Los límites del presente trabajo no permiten entrar en el análisis de las consecuencias e inconvenientes de las diversas concepciones sobre el honor. Baste con sumarnos a la defendida por Vives Antón, en cuya virtud la dignidad de las personas constituye la esencia del honor y es determinante de su contenido. El artículo 10 de la Constitución proclama la dignidad y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social: la dignidad es el continente, los derechos inviolables que le son inherentes, el contenido. El honor, proclamado en el artículo 18, en su doble aspecto de dignidad y fama, en la línea propuesta por los últimos autores citados, constituye una concreción de la dignidad misma de la persona, por lo que la tutela jurídica de ésta se realiza a través de la protección del honor.

La esencia misma de la dignidad de la persona, traducida en el concepto de honor, puede ser confundida con la máxima kantiana de que el hombre ha de ser tratado como sujeto y no como objeto. Y una consideración cabal de tal máxima ha de conducir, como sucede en nuestra Constitución, a la proclamación del libre desarrollo de la personalidad no como límite sino como fundamento mismo del orden político. La libertad de autodeterminación personal, traducción del término alemán *Selbstbestimmungsfreiheit*, significa que todo sujeto ha de poder ejercer sus propias opciones sin perder la autoestima u obtener el desprecio de la comunidad. En otras palabras, **se ataca al honor cuando se altera la posición social del individuo de manera que se le impide ejercer libremente sus propias opciones y los derechos fundamentales que constituyen el contenido de su dignidad.** Y ello sucede siempre que se falsea la significación o la realidad de la actividad de la persona. De acuerdo con la concepción aquí defendida, las diferencias en la intensidad de la tutela del honor no resultan contrarias al principio de igualdad, pues dependen de las diferentes posibilidades de ejercicio de actividad social del individuo, lo que, a su vez, dependerá de la función social, y eventualmente política, que posea en el momento del ataque. Y es obvio que tal posición ha de comportar un diferente grado, no ya de merecimiento, sino de necesidad de tutela.

2. Honor y libertad de expresión: El conflicto.

El honor como derecho fundamental de la persona ha de recibir una tutela penal adecuada, pues es un bien digno, susceptible y necesitado de protección. El respeto a la libertad de expresión constituirá, a su vez, un límite a esa tutela. Como hemos visto, y como se desprende del artículo 20 de la Constitución, el honor aparece como un límite a la libertad de expresión. Pero, sobre todo, ésta también constituye un límite a la tutela penal de aquél. No se trata tanto de que el respeto al

honor de las personas constituya un límite a la libertad de expresión, con lo que se referiría al concepto mismo de ésta, cuanto que el contenido esencial de las libertades de expresión e información y su carácter de elemento indispensable para la formación de la opinión pública, sin la que no cabe hablar de Estado democrático, constituyen un límite a la tutela penal del honor. Como veremos, este planteamiento habrá de conducirnos inexorablemente a situaciones de conflicto que, en su caso y siempre que nos mantengamos dentro de los límites internos de una y de otra, habrán de resolverse en sede de justificación.

2.1. Técnicas de resolución

En efecto, el conflicto entre honor y libertad de expresión constituye uno de los problemas clásicos del Derecho Penal actual. Un reconocimiento máximo del derecho al honor y de la libertad de expresión conducirá inexorablemente a conflictos, si no se tiene en cuenta la necesidad de acotar estos mismos conceptos limitando sus respectivas extensiones. Habremos de referirnos, de cualquier modo, a las diferentes técnicas de resolución del conflicto de intereses posibles:

a) Full protection theory

El constitucionalismo norteamericano reconoce la existencia de derechos ilegislables; esto es, derechos básicos de la persona que merecen una protección absoluta y sobre los que ni siquiera es posible legislar, toda vez que ello supondría necesariamente una limitación de los mismos. La Primera Enmienda se refiere a la libertad de expresión en el ámbito de lo público o, si se prefiere, de lo político, para establecer la preeminencia absoluta de la libertad de expresión en estos casos. Debe destacarse el relevante papel que a la crítica política y a la libertad de expresión se otorga en un sistema de corte claramente personalista y hasta individualista, como es

el estadounidense. Ello puede explicarse si se tiene en cuenta que la participación política es un derecho individual y que la libertad de crítica y de información constituyen, como ya hemos tenido ocasión de afirmar, el pilar básico de la democracia representativa. Ello no ha impedido, por cierto, que, pese a la rotundidad de las anteriores afirmaciones, no se hayan producido otras limitaciones reales a la libertad de expresión derivadas de las carencias del pluralismo ideológico que se dan en los Estados Unidos. Es preciso, por otra parte, matizar el calificativo de ilegible: lo que se afirma en la Primera Enmienda es que no se puede anular la libertad de expresión, en el ámbito público, ni aún legislativamente.

b) Ponderación de intereses.

El mismo constitucionalismo norteamericano dispensa un nivel inferior de protección a la libertad de expresión en el ámbito privado.

La Quinta Enmienda le reconoce, sin embargo, una posición prevalente si se produce un conflicto con otro bien jurídico. En todo caso, resultará necesario comprobar las dimensiones del conflicto en cada supuesto, sin que la preeminencia pueda resultar absolutamente determinante de que deba ceder en caso de que el reconocimiento de la libertad de expresión pueda suponer una negación del contenido esencial de otro derecho fundamental.

No resulta sencillo trasladar esta doctrina al Derecho español, dada la desdichada redacción del artículo 20 de nuestra Constitución. Doctrina y Jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional, han hecho verdaderos esfuerzos interpretativos para superar la literalidad del artículo 20.4; literalidad que, mal interpretada, podría conducir a la negación efectiva de la libertad de expresión con las consecuencias que ello conllevaría para el Estado democrático.

En todo caso, la resolución del conflicto por la vía de la ponderación de intereses resultará inevitable en un elevado número de supuestos, y esta ha sido la posición del Tribunal Constitucional que, eso sí, ha reinterpretado el artículo 20 otorgando a la libertad de expresión el papel que le corresponde, y que no deriva de este precepto concreto, sino del sistema de valores inherentes al Estado social y democrático de Derecho. La técnica de la ponderación no está exenta de otros problemas: en muchos casos no estaremos ante un auténtico conflicto porque, como veremos a continuación, son numerosos los supuestos en que nos movemos por fuera de los límites internos de alguno de los aparentes intereses en conflicto o en que la ingerencia de uno o de otro es innecesaria. Por otra parte, y como ha resaltado Vives Antón, es altamente insatisfactorio que sean las instancias judiciales las encargadas de resolver un conflicto de intereses constitucionales, función que, en nuestro sistema, corresponde, de acuerdo con el artículo 81.1 de la Constitución, a la ley orgánica. Como señala este autor, la tesis de la ponderancia conduce al indeseable resultado de que la ley es constitucional o inconstitucional según se ajuste o no a las ideas valorativas de los jueces, lo que genera demasiada inseguridad y aboca al sistema a un inaceptable decisionismo. Debe, por todo ello, intentar resolverse la relación entre expresión y honor, en la medida de lo posible, en sedes diferentes a las del mero conflicto de intereses constitucionales y, por tanto, como problema de justificación de la conducta típica. Debe recordarse, que, en definitiva, el problema se plantea cuando, a través de la expresión, se lesiona el honor de las personas incurriéndose en injurias o calumnias.

c) La tesis de Vives Antón

Propone Vives Antón, como procedimiento para obtener la resolución del conflicto, recorrer los siguientes pasos:

1- Determinación de los límites internos de cada uno

de los derechos. Se trata de excluir del ámbito del conflicto aquellos supuestos que, o no son constitutivos del ejercicio de la libertad de expresión por superar el ámbito de extensión de este derecho, lo que sucederá cada vez que el “método de expresión” sea constitutivo de una acción física que interfiera la libertad de movimientos de otros, o bien no constituyan un ataque al honor, por no afectar en absoluto a la dignidad de la persona, en el sentido más arriba apuntado.

2- Verificación de la concurrencia en los presupuestos formales de la ingerencia. Se trata aquí de analizar si se han superado los límites al ejercicio del derecho fundamental derivados de la legislación orgánica. En definitiva, se trata de comprobar la realidad del conflicto de intereses.

3- Verificación acerca del carácter justificado o injustificado de la ingerencia. “El tercer paso se halla constituido por la aplicación, a los límites de cualquier derecho, del principio de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso”. Los límites mutuos entre expresión y honor requieren que el límite sea necesario para tutelar el honor, adecuado para obtener dicha tutela, y proporcionado a la protección que otorga, constituyendo el medio menos gravoso para obtenerlo.

4- Delimitación del contenido esencial del derecho limitado (límite de los límites). “En el caso de la libertad de expresión, el contenido esencial se halla constituido por la posibilidad de manifestar, sin sujeción o traba alguna, las opiniones que se profesan sobre cualesquiera temas sociales o públicos, de expresar cualesquiera sentimientos, ideas o creencias y de relatar hechos verdaderos, siempre que no pertenezcan al ámbito de la vida privada. Cualquier límite que incida sobre ese contenido mínimo de la libertad de expresión deviene inmediatamente inconstitucional”. En definitiva, no parece que pueda limitarse, en el ámbito de la libertad de expresión, la emisión de opiniones sobre asuntos públicos, ni en el de la información la narración de hechos públicos veraces.

Ciertamente, el método propuesto por Vives Antón se refiere a la legitimidad de la legislación en materia de límites a la libertad de expresión, lo que parece resuelto en nuestro ordenamiento, a través de la tipificación de las injurias y las calumnias, al margen de las previsiones del Derecho Civil en materia de intimidad y honor. Pero con ello no queda resuelto el conflicto. Por el contrario, éste se manifiesta prácticamente siempre que se cuestiona la aplicación de los delitos contra el honor.

Ni que decir tiene que la aplicación de un tipo penal requiere de la comprobación de la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico incorporado a la norma. Eso significa que quedarán por fuera de la tipicidad todas aquellas conductas en que no se compruebe una efectiva transgresión del honor, de acuerdo con la definición que le hemos otorgado. Lo que ahora vamos a analizar es cómo y en qué medida aparece la libertad de expresión como límite a la punición de una conducta lesiva para el honor. Y ello puede operar tanto a nivel de tipicidad como de justificación. El ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8.11 del Código Penal) en España y la salvaguardia de intereses legítimos (& 193 StGB) en Alemania otorgan la cobertura formal a la justificación de conductas lesivas para el honor, en virtud de la prevalencia de la libertad de expresión. Su aplicación presenta los problemas de inseguridad que más arriba se han señalado. En muchas ocasiones, ello podrá solventarse a través de una correcta interpretación de los tipos que venga a limitar su ámbito de extensión. En otras, sin embargo, habremos de recurrir a la aplicación de la causa de justificación. Y resulta estrictamente necesario proporcionar unas reglas mínimas de resolución del conflicto que vengan a paliar los peligros de decisionismo judicial e inseguridad jurídica que pueden afectar nada menos que a dos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, amén de a la propia libertad de los ciudadanos. Intentaremos a continuación, contribuir a la proporción de esos criterios, sin sujetarnos en el orden expositivo al rigor dogmático que necesari-

riamente comportaría resolver en primer lugar el ámbito de la tipicidad para, sólo después, analizar los problemas de justificación. Resulta más oportuno seguir un orden expositivo que atienda a la problemática real de la resolución del conflicto.

2.2. Características de la expresión. La veracidad en la información. El papel de la *exceptio veritatis*

Para poder otorgar el carácter preeminente que a la libertad de expresión corresponde, con las matizaciones que hemos venido efectuando, lo que supondrá justificar una conducta típica de injurias e calumnias, resulta estrictamente necesario comprobar que nos movemos dentro del ámbito propio de las libertades de expresión o información. La primera abarca tan sólo, como ya se ha afirmado, el ámbito público, por lo que en absoluto podrá afirmarse su preeminencia si se refiere a cuestiones estrictamente privadas, lo que tampoco comporta afirmar, con carácter general, que en estos casos haya de prevalecer necesariamente el honor: significa, nada más y nada menos, que la libertad de expresión ha perdido aquí la especial prerrogativa que le otorga su función de contribuir a la libre formación de la opinión pública. Y sin ella, el carácter limitador que, en la propia definición contenida en el artículo 20.4, se otorga al honor, adquiere toda su significación literal. Si se trata del ejercicio del derecho a la información, al carácter público de la misma ha de unirse su veracidad, en los términos a los que más adelante hemos de referirnos. Resulta, por otra parte, también necesario que la preeminencia de la libertad de expresión no haya de comportar, en el caso concreto una negación del contenido esencial de la dignidad de la persona y, por tanto, de su honor. Como antes se dijo, eso se produce cuando se trasgreden los límites derivados de la necesidad, la proporcionalidad y la adecuación, anulando innecesariamente la posición social de la persona mediante un absoluto desprecio a la personalidad. A esto añade Vives Antón, respecto de las informaciones, la necesi-

dad de la veracidad subjetiva; esto es, que el emisor de la información esté convencido de su realidad, una vez realizado el exigible esfuerzo de comprobación. A mi entender, esta última exigencia no afecta en mayor o menor medida a la dignidad de la persona, si bien importa desde la regulación de las calumnias y las injurias que contiene el Código Penal español.

La veracidad sólo parece tener sentido respecto de las calumnias, al constituir la falsedad un elemento esencial del hecho punible, mientras que para nada aluden al requisito de la falsedad del artículo 457 y siguientes del Código Penal, reguladores de los delitos de injurias, si bien un sector doctrinal los ha reinterpretado últimamente exigiendo tal requisito en las injurias graves del número primero del artículo 458, lo que no parece suficientemente fundamentado. Cosa distinta es que la actual legislación resulte adecuada. Bastante más lógico sería considerar toda imputación de hechos como calumnia y toda expresión de valoraciones e ideas como injuria. En definitiva, si se han de constituir límites a las libertades de expresión e información, debe atenderse básicamente a las características de éstas. En ese sentido, resultaba más adecuada la previsión del Anteproyecto primero y del Proyecto después del Código Penal de 1992. El Anteproyecto introducía el delito de difamación, que recibió una fuerte contestación sin duda merecida, no por su existencia, sino por su absoluta indeterminación y la utilización de expresiones rigurosamente incompatibles con el principio de legalidad. Por lo demás, la difamación existe en el Código Penal alemán a modo de una injuria agravada. De cualquier forma, lo que si resulta necesario es distinguir los tipos de delito en función de que se trate de imputación de hechos o de expresión de valoraciones. Sólo respecto de la primera puede jugar un papel la veracidad, lo que determinará, como más adelante veremos un régimen diferente para la *exceptio veritatis*.

En resumen, para otorgar una posición preminente a la libertad de expresión, que conlleve la justificación de la

conducta típica, han de darse los siguientes requisitos: si se trata de la libertad de expresión y, por tanto, de la emisión de opiniones o valoraciones, debe bastar con que se trate del ámbito público y que se den la necesidad, adecuación y proporcionalidad, rechazándose las llamadas injurias absolutas. Así parecen reconocerlo diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional como las Sentencias 12/82, de 31 de marzo; 104/86, de 17 de julio; y 121/89, de 3 de julio. Si se trata del ejercicio del derecho a la información y, por consiguiente, de la imputación de hechos, a los requisitos anteriores debe unirse el de la veracidad. Si la afirmación es falsa no puede haber preferencia constitucional a la libre formación de la opinión pública, sino todo lo contrario, contribuirá a su deformación.

Ahora bien, como ha sido puesto de relieve por el propio Tribunal Constitucional y como no puede escaparse a ningún razonamiento mínimamente sensible con la libertad, no puede exigirse, en todo caso, la efectiva verdad objetiva de la afirmación, pues como señaló la Sentencia 6/1988, de 21 de enero, “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de modo que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”. Exigir la verdad absoluta supone anular la libertad de expresión (*Chilling effect*). Por ello, la exigencia de verdad objetiva es sustituida por la veracidad subjetiva. Y de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1990 “información veraz en el sentido del artículo 20.1d) significa, pues, información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias”. No hay, pues, veracidad cuando se actúa con conocimiento de la falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad.

Debe destacarse que la veracidad subjetiva sustituye a la objetiva en la medida en que ésta no puede exigirse sin merma para la libertad de expresión. Desempeña una función

de garantía de la libertad de expresión, por lo que adquiere su papel una vez comprobada la falsedad objetiva. Es un *plus* de libertad. No comparto por ello la tesis de Vives Antón a la que, con matices importantes, se adhieren recientemente Cardenal Murillo y Serrano González de Murillo, en torno a la tipicidad de la calumnia y al papel que corresponde a la *exceptio veritatis*. Para el primer autor citado, será típica la imputación de un hecho objetivamente verdadero y subjetivamente falso; para los segundos, ello constituirá el injusto típico de la tentativa, y para todos ellos la demostración de la verdad objetiva no supone la atipicidad, sino que obedece a una causa de exclusión de la pena o una condición objetiva de punibilidad. Cardenal y Serrano fundamentan la tentativa sobre la base del desvalor de la acción que supone la imputación de un hecho cierto que se cree falso; la *exceptio veritatis* impedirá la aplicación de la pena. La posición de estos autores es admisible siempre que se comparta la concepción estrictamente subjetiva del injusto que ellos profesan. En la formulación de Vives Antón parece partirse de dos criterios. Afirma Vives que “no se entiende bien cómo un hecho futuro, incierto e independiente de la voluntad del autor (el hecho de que se produzca en juicio una prueba de la verdad de la imputación suficiente para lograr la convicción del Tribunal) puede, *a posteriori*, excluir la tipicidad de la conducta. Elemento del tipo podría ser la verdad objetiva de la imputación -que, ya por imperativo de una interpretación conforme a la Constitución, no lo es-, pero nunca la ulterior probanza de esa verdad”. En efecto, la *exceptio* demuestra la verdad objetiva: es un instrumento procesal. Lo que ahora nos interesa no es afirmar que la *exceptio* constituye la causa de atipicidad- que en ningún caso lo es -sino que demuestra la atipicidad de la conducta cuando esta es objetivamente veraz. El problema, pues, es si una interpretación conforme a la Constitución impide la consideración de atípicas de aquellas imputaciones objetivamente verdaderas y subjetivamente falsas. Y, en mi opinión, ello no es así. La exigencia de la falsedad subjetiva no implica

automáticamente su tipicidad. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional se conforma con la veracidad subjetiva para eximir de responsabilidad, por cierto en el ámbito de la justificación, en virtud de la libertad de expresión, porque la exigencia de una veracidad objetiva comportaría la negación de la misma; en otras palabras, es precisamente por necesidades derivadas de la salvaguardia de la libertad de expresión, por lo que se limita la tutela del honor. En absoluto tiene ello por qué suponer que la falsedad objetiva deje de ser elemento típico del delito de calumnia. Desde luego, una interpretación conforme a la Constitución no comporta necesariamente la limitación del ámbito de la libertad de expresión. Por el contrario, parece más ajustada a la norma fundamental la interpretación del tipo de calumnia que limite su aplicación a aquellos supuestos en que **además** de la falsedad objetiva se requiere la subjetiva.

Otra de las razones esgrimadas por Vives Antón para fundamentar una concepción subjetiva de la veracidad es que “si se aceptase la concepción objetiva de la falsedad se produciría la siguiente paradoja agudamente señalada por Boronat Tormo: o el calumniado tendría que probar que la imputación es realmente falsa para que su derecho al honor resultara tutelado (con lo cual se le estaría obligando a probar su inocencia) o, como parece disponer el artículo 456, la carga de la prueba recaería sobre el presunto calumniador, con el mismo resultado”.

Ninguna de las soluciones parece satisfactoria, a la vista de los derechos constitucionales en juego. Tampoco parece satisfactorio que la presunción de inocencia, que es una garantía fundamental de la persona, se convierta en un argumento en favor de la extensión de la tipicidad. Piénsese que resulta más gravoso para el autor de una imputación subjetivamente falsa pero objetivamente verdadera responder de un delito de calumnia que probar su inocencia. Por otra parte, la presunción de inocencia en el ámbito de la calumnia debe

operar en favor de quien imputa unos hechos si consigue albergar una duda suficiente respecto a la verdad de la imputación, sin que ello implique la necesaria condena del imputado, sobre el que también recaerá dicha presunción de inocencia mientras no quede absolutamente demostrada su culpabilidad. Existe pues, una amplia zona donde la presunción de inocencia puede jugar en ambos sentidos. Con todo, sigue siendo fundamental el criterio de que una garantía no puede convertirse en fundamentadora de un incremento de la responsabilidad penal. Ciertamente, las argumentaciones de Boronat y Vives impiden la admisión de criterios estrictamente objetivos y, por tanto, la tipicidad de una calumnia subjetivamente veraz, con lo que estoy totalmente de acuerdo, pero no tienen por qué implicar la tipicidad de una imputación objetivamente cierta aunque subjetivamente falsa. Por otra parte, dicha concepción conduce, a mi entender, a una excesiva subjetivización de la tipicidad, que estos autores, por cierto, no parecen defender en otros ámbitos: convierte en típicas conductas que objetivamente contribuyen a la formación de la opinión pública, reduciendo el ámbito de la posición preferente de la libertad de expresión y extendiendo excesivamente el concepto de honor. Si bien es cierto que la interpretación propuesta por Vives y Boronat sería perfectamente admisible desde el punto de vista del principio de legalidad, ya que falso es “todo lo contrario a la verdad” y verdad “conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente” o “conformidad de lo que se dice con lo que se siente o lo que se piensa”, parece más adecuado al principio de intervención mínima la atipicidad en todo cuanto no sea objetivamente falso. A estos argumentos debe añadirse otro: Vives y Boronat condenan a la *exceptio veritatis* en la calumnia, a una vigencia fantasmagórica e imposible: sólo surtirá efectos cuando quien, convencido de la falsedad de una imputación, demuestra que esta era cierta: encargar a quien no cree en la realidad de lo que imputa la demostración de esa verdad no deja de ser una tortuosa misión.

Creo, por todo ello, que la demostración de la verdad objetiva de lo imputado impide la aplicación del tipo de calumnias, anula la tipicidad de la conducta. Evidentemente, ello no significa que otorguemos a la *exceptio* misma el carácter de elemento negativo del tipo. Tiene razón Vives cuando afirma que un hecho futuro e incierto no puede determinar la tipicidad de la conducta. Mediante la *exceptio* se demuestra procesalmente que no hubo tipo, porque faltó un elemento del mismo: la falsedad objetiva. Como, en el homicidio, la demostración de que el muerto está vivo no otorga a dicha prueba el carácter de elemento negativo del tipo: lo que falta es el “matarse a otro”. En resumen, a mi juicio, la tipicidad de la calumnia exige la concurrencia de la falsedad objetiva y la subjetiva.

Diferente es la situación en el delito de injurias, donde el tipo no exige la falsedad, ni objetiva ni subjetiva. Ello puede parecer lógico, en la medida en que las injurias estén constituidas por valoraciones u opiniones. Incluso las comprendidas en el número 2 del 458 (imputación de vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado) alteran el honor aun cuando sean ciertas. Más problemático resulta fundamentar la tipicidad de la imputación cierta de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio (número primero). Si el único elemento que diferencia esta injuria de la calumnia es la perseguibilidad del delito que se imputa, tendrá que encontrarse ahí necesariamente el motivo de la discriminación. Por ello, no veo más razón que la de entender que si es un tercero, distinto de la persona que tiene derecho a perseguir el delito, quien imputa, se lesiona el derecho de éste a mantener en secreto los hechos: mediante la consideración como delictiva de este tipo de injuria se consigue también reservar al ofendido por el delito la exclusiva en la publicidad del mismo. Ello explicaría la razón por la que se limita a éste la *exceptio veritatis* en el artículo 461. La tradicional fundamentación en la preponderancia del interés público como justificativa de la conducta injuriosa contra funcio-

narios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo explica suficientemente el papel del otro supuesto permitido por el artículo 461. Por cierto que debe denunciarse una vez más el efecto limitador de la eficacia de la misma que se pretendió con la desmesurada ampliación del delito de desacato introducida en 1944 e incomprensiblemente subsistente en la actualidad.

La *exceptio veritatis*, y en esto estoy de acuerdo con Vives, Cardenal y Serrano, no es la técnica básica de resolución de conflicto entre el honor y la libertad de expresión: en la medida de lo posible habrá de evitarse llegar a ella, pero sí constituye un instrumento procesal que permite declarar la atipicidad de la calumnia y, en ocasiones de la injuria; así como la justificación de esta última vertida contra funcionarios.

2.3. Propuestas de reforma

Sería de desear, como más arriba se expuso, que la futura regulación de calumnias e injurias fundamentara la distinción de trato exclusivamente en que se refiera a informaciones (imputación de hechos) o a expresiones (emisión de valoraciones), exigiendo la veracidad objetiva o subjetiva para su impunidad o, lo que es lo mismo, la falsedad subjetiva y objetiva para su punición, en el primer caso, y que se trate de valoraciones referidas a la esfera pública, para la punición de las segundas debiendo, en todo caso, castigarse las injurias absolutas y las innecesarias. El Proyecto de Código Penal de 1992 mejoraba la regulación de los desacatos al ceñirse, tal como destacó el informe sobre el anteproyecto de Código Penal elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, la punición a los hechos realizados durante el ejercicio de las funciones públicas y a presencia de la autoridad o funcionario, con lo que deja de constituir un límite penal a la libertad de información.

También es de destacar la superación de alguno de los defectos fundamentales que aquejan a la regulación actual. Así, pasa a ser calumnia toda falsa imputación de un delito. Sin embargo, no se acoge la diferenciación aquí propuesta al considerar injuriosa la imputación de hechos que puedan perjudicar el crédito, imagen, dignidad u honorabilidad del otro. Ello obliga a mantener la vigencia de la *exceptio veritatis* para este supuesto, si bien no se producirá la exención de la pena si la difusión, aún de los hechos verdaderos, no es legítima, presumiéndose legítima (artículo 211.2) “cuando los hechos se refieren a personas que tengan algún tipo de relevancia pública, y su difusión satisfaga la función del libre flujo de la información en una sociedad democrática salvo que afecte a hechos protegidos por su derecho a la intimidad personal o familiar”. La cuestión no debe reputarse grave, entre otras cosas porque debe reconocerse que no siempre la distinción entre hechos y valoraciones es fácil de realizar, y la emisión de estas últimas, cuando no son necesarias, aunque acompañen a una imputación real de hechos, deben castigarse. Lo que sí resulta criticable es la inadecuadísima redacción del último párrafo transcrito: ni se trata de presumir legítima la difusión, sino de aclararla, ni es admisible la referencia a la función del libre flujo de la información en una sociedad democrática, sin que tampoco resulte satisfactoria la expresión “algún tipo de relevancia pública”: más adecuado sería considerar legítima la difusión cuando los hechos tengan naturaleza pública, sean relevantes para la formación de la opinión pública o afecten a la función pública que desempeñe directa o indirectamente la persona injuriada.

Es de destacar, por lo novedoso, la previsión de la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio para los profesionales de la información reincidentes que utilizen medios mecánicos o soportes de difusión. Como señalaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial “la inhabilitación, si bien, en términos generales, procede cuando se ha cometido un delito abusando de una profesión es, de una parte, difícil de aplicar a este tipo de profesiones y, de otra, al incidir

sobre un derecho fundamental, debe imponerse con mucha cautela. Debería, pues, a lo sumo, quedar reservada a las hipótesis más graves, esto es, aquéllas en que la exclusión de determinada persona, durante un tiempo, del ejercicio de la profesión pueda haberse, incluso, como una medida de tutela de la profesión misma y de la propia libertad de expresión. Así, en los casos de habitualidad en el delito o comisión mediante precio, recompensa o promesa”. No es el caso o, al menos, no necesariamente. El Proyecto va demasiado lejos, por más que el artículo 215 exime de dicha pena a quien conociere ante la autoridad judicial la falsedad o incerteza de las imputaciones y se retractare de ellas, por lo que más bien parece que se trata de amenazar con un mal grave para que, de esta manera, su condonación a través de la excusa absolutoria, resulte eficaz.

Por fin, ha de insistirse en la conveniencia de remitir la mayor parte de la tutela del honor al ámbito civil. En cualquier caso, debe corresponder al ofendido la naturaleza de su acción, lo que subraya el carácter de delitos privados que deben seguir ostentando las infracciones contra el honor. Resulta preocupante la tendencia jurisprudencial a otorgar a la tutela civil del honor el carácter de subsidiaria, que puede llegar a suponer la sustracción al ofendido de su derecho a utilizar la acción civil y no la penal.*

a) Delitos contra la intimidad

Por lo que se refiere a la tutela de la privacidad, deberán apuntarse criterios similares a los que hemos visto para los delitos contra el honor, con la matización de que, como ha señalado Morales Prats, el artículo 20.4 no supone prevalencia alguna de la intimidad. De nuevo debe prevalecer la libertad

* En el momento de redactar este artículo no pudo tenerse en cuenta la regulación de los delitos contra el honor prevista en el Proyecto de 1994, que insiste en una concepción subjetiva en la veracidad, que incrementa los inconvenientes señalados en el texto.

de expresión siempre que se compruebe el carácter público de la revelación de los datos. No es posible realizar, en este momento, mayores referencias.

b) Juicios paralelos y responsabilidad penal por los delitos cometidos a través de los medios mecánicos de comunicación

Me referiré, para terminar, y de manera muy breve, a dos cuestiones: la valoración que deba realizarse de los juicios paralelos y el tratamiento de la responsabilidad penal por los delitos cometidos a través de la prensa u otros medios mecánicos de comunicación.

Los juicios paralelos; esto es, las campañas más o menos orquestadas que pretenden anticipar, al menos socialmente, una condena todavía no pronunciada, y quizá nunca pronunciable, por los Tribunales, no afectan, a mi entender, a la presunción de inocencia ni a la independencia del Poder Judicial; al menos, no puede afirmarse esto con carácter general. La presunción de inocencia es una garantía procesal y material de los ciudadanos frente al Estado que, en modo alguno, puede afectar a las opiniones mantenidas, o incluso expresadas por terceros. La independencia del Poder Judicial no puede considerarse alterada por manifestaciones de cualquier índole vertidas por los medios de comunicación: si no fuera así, habríamos de preocuparnos seriamente de la calidad y acierto de las resoluciones judiciales. A mi juicio, es el honor el único bien jurídico que se ve afectado por estos juicios paralelos que no son sino concretas modalidades de injurias y calumnias, con lo que habremos de aplicar los criterios más arriba expuestos. Si reúnen las expresiones las categorías de referirse a la esfera pública, ser necesarias, proporcionales y adecuadas, y las informaciones, el, además de ello, estar sometidas a criterios de veracidad subjetiva, no podrán considerarse constitutivas de delito. En caso contrario, y naturalmente siempre que reúnan el resto de los requisitos, habrán de ser calificadas de injurias o calumnias.

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal por los delitos cometidos a través de la prensa debe resaltarse que el Proyecto de Código Penal de 1994 mantiene y mejora la vigente responsabilidad en cascada, disipando cualquiera de las dudas que en torno a su naturaleza privilegiada se hayan podido suscitar. El Código Penal actúa aquí claramente en defensa de la libertad de expresión.

V. RECAPITULACIÓN

Para finalizar, debemos rescatar las ideas fundamentales de lo hasta aquí expuesto: Si el Derecho Penal puede constituir un límite a la libertad de expresión, y desde luego la afirmación de la posición preferente de ésta, como señala el Consejo General del Poder Judicial, no significa que todo el ámbito de su ejercicio resulte inmune a cualquier clase de límite y la ley penal puede limitar la libertad de expresión, ésta también se constituye en límite para la tutela penal de otros derechos. Por lo que respecta al honor, la tutela de éste ha de respetar el contenido esencial de la libertad de expresión, lo que se traducirá en la no punición de las opiniones vertidas sobre cuestiones públicas que no supongan injurias absolutas; esto es, descalificaciones globales e innecesarias de la persona con absoluto desprecio a su dignidad, ni en la de las imputaciones de hechos, que sean objetiva o subjetivamente veraces. Toda limitación legislativa de la libertad de expresión, y vuelvo a citar literalmente el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Código Penal, además de respetar el contenido esencial de este derecho, ha de ajustarse a las exigencias del principio de proporcionalidad, de modo que ha de consistir sólo en lo estrictamente necesario para que la tutela de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos, correspondiendo al legislador el aludido juicio de proporcionalidad. De ahí que sean sumamente criticables, en esta materia, las ambigüedades o las remisiones genéricas a la ponderación judicial.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA UTILIZADA (se omiten las obras generales)

AA.VV. *Libertad de expresión y Derecho penal*, Madrid, 1985.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *Protección penal del honor . Sentido actual y límites constitucionales*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993.

ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite. *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato* . Barcelona, 1987.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias*, en Revista Española de Derecho Constitucional, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Protección del honor y de la intimidad*, en Comentarios a la legislación penal, tomo I, Madrid 1982.

BELLO LANDROVE, Federico. *Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 5, 1986.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Honor y libertad de expresión*. Madrid 1987.

BOIX REIG, Javier. *Consideraciones sobre la protección penal de la intimidad y el honor y la informática*, en Informatica e Diritto, número 2, 1983.

BORONAT TORMO, Mercedes. *Exceptio veritatis y función pública*. Tesis doctoral inédita.

CABELLO MOHEDANO, Francisco. *El artículo 20.1 de la Constitución: ¿una nueva configuración de la exceptio veritatis?*, en Poder Judicial, núm. 8, 1987.

CARDENAL MURILLO, Alfonso-SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luís. *Protección penal del honor*, Madrid 1993.

CARMONA SALGADO, Concepción. *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid 1991.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María. *La protección al honor en el derecho español*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1956.

COSSÍO, Manuel de. *Derecho al honor. Técnica de protección y límites*. Valencia, 1993.

FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso. *Libertad de expresión y derecho a la información*. en Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978, tomo II, Madrid 1984.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *La protección del Estado como límite penal a las libertades de expresión e información*, en Anuari del Departament de Ciència Política i Dret Públic de la Universitat Autònoma de Barcelona, 1990.

HIRSCH, Hans-Joachim. *Ehre und Beleidigung. Grundfragen der strafrechtlichen Ehrenschatzes*. Karlsruhe, 1967.

LÓPEZ GUERRA, Luís. *La libertad de información y el derecho al honor*, en Poder Judicial, 1989.

MANTOVANI, Ferrando. *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*. Milano, 1973.

MORALES PRATS, Fermín. *La tutela penal de la intimidad*. Barcelona, 1984.

—*Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, en Cuadernos de Política Criminal núm. 36, 1988.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *El Art. 20 de la Constitución y los delitos de desacato*, en Anuario de Derecho Penal, 1981.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Sobre la aplicación de la exceptio veritatis al delito previsto en el artículo 161.1 del Código Penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Núm. 17, 1982.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Barcelona, 1988.

MUSCO, Enzo. *Bene giuridico e tutela dell'onore*. Milano, 1974.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VIII del Título II del Código Penal*, en Cuadernos de Política Criminal, Núm. 1, 1977.

—*De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines*, en Cuadernos de Política Criminal, Núm. 11, 1980.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Animus injuriandi e injurias*, en La Ley, 27 de octubre de 1989.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Sobre la pervivencia del delito de desacato*, en Homenaje a Sainz Cantero, Revista de la Facultad de Derecho de Universidad de Granada, Núm. 13, 1987.

ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del. *De las injurias*, en Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales, 1953.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Barcelona, 1987.

SÁINZ CANTERO, José Antonio. *El contenido sustancial del delito de injurias*, en Anuario del Derecho Penal, 1957.

SALVADOR CORDERCH, Pablo (Ed.). *El mercado de las ideas*, Madrid, 1980.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. *La libertad de expresión*, Madrid, 1992.

SOLOZABAL ECHEVERRÍA, Juan José. *Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 23, 1988.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. *Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal del honor en la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal*, en *Documentación Jurídica*, 1983.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*. Madrid, 1977.

—*Delitos contra el honor*, en Vives-Boix-Orts-Carbonell-González Cussac. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 1993.

—*Ponencia del Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial*.