

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 1. Marzo 1986

Muñoz Machado, Santiago
Catedrático de Derecho administrativo

MITOS, INSUFICIENCIAS Y EXCESOS EN LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LAS ACCIONES POR DIFAMACIÓN

Estudios
Serie: *Derecho comparado*

VOCES: DERECHO AL HONOR. INJURIAS. ACCION CIVIL. ACCION PENAL. DERECHO COMPARADO. RESPONSABILIDAD.

ÍNDICE

- I. Introducción sobre un caso típico y la proliferación de las acciones civiles sobre la protección del honor
- II. Los problemas de la construcción técnica del sistema de responsabilidad por difamación, en general
- III. El mito de la mayor protección ofrecida por la vía penal
- IV. Las relaciones entre las vías civil y penal. Las insatisfactorias soluciones de las primeras sentencias civiles
- V. Una intuición judicial certera, aunque mal construida: la necesidad de matizar la aplicación de la Ley de 1982
- VI. Los ejemplos inglés y norteamericano
- VII. La interpretación de la ley de 1982 conforme a la Constitución y la creación jurisprudencial de un sistema de excepciones al régimen general de responsabilidad

TEXTO

I

Quando el más directo heredero de don Santiago Ramón y Cajal interpuso demanda en defensa del honor de su padre contra el Director del diario *El País* y contra don Manuel V́icent Recatalá y don Francisco Pérez Martínez (Francisco Umbral) por las afirmaciones, a juicio del actor infamantes, que los aludidos escritores habían vertido en artículos publicados en el diario, sólo se había abierto una página más en la

vertiginosa historia reciente de los pleitos por difamación. Del famoso científico habían dicho esta vez que con cierta frecuencia se iba «de niñas». Los lectores de *El País* habían podido conocer que el ilustre don Santiago, por reposar su gloria, se reclinaba a veces en los quicios de las mancebías.

El juez de Primera Instancia número 10 de los de Madrid, cuando examinó el fondo del asunto, le restó toda importancia. Publicar que a un Premio Nobel le apetecía de vez en cuando «ir de niñas» no era «demérito o deshonra o deshonor para la figura humana de don Santiago Ramón y Cajal»; tantas veces nos lo han descrito ensimismado en el trabajo solitario de su laboratorio, que la divulgación de aquellos perfiles más ocultos de su vida, «antes al contrario» que deshonrarlo, contribuía a «humanizar al personaje», «a ponerlo a pie de tierra». De manera que el señor Juez absolvió a los demandados de las pretensiones ejercitadas en la demanda (1).

No es, sin embargo, la fama del personaje, sino la tipicidad del caso lo que hace aconsejable su elección para esbozar algunas reflexiones en torno a los novedosos y frecuentes contenciosos sobre difamación que se vienen trabando en nuestro país.

Completando las previsiones del artículo 18.1 de la Constitución, la regulación ofrecida por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 no ha inventado, pero sí robustecido de manera muy notable (2) las acciones civiles para la protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. El uso sistemático de las mismas parece que da razón suficiente del éxito de la nueva ley (3).

Me referiré aquí tan solo a algunos problemas de las acciones por difamación; las de protección de la intimidad y la imagen, aunque agrupadas en la misma regulación, presentan singularidades suficientes como para que no sea posible operar con las generalizaciones que serían obligadas en un breve comentario (4).

II

La nueva regulación puesta a disposición de la protección del honor de las personas se viene usando profusamente desde su misma promulgación. Sus problemas aplicativos no son, sin embargo, los comunes de cualquier norma de contenidos novedosos, sino mayores y, también, particularmente severos, porque los valores en juego son singularmente relevantes y problemáticos: la libertad de información y el derecho a ser informado, la libertad de expresión, de un lado, y el honor de las personas, de otro.

Sí se repasan las sentencias que han recaído hasta ahora en los abundantes pleitos por difamación trabados desde que entró en vigor la Ley de 1982, se comprobará que, en medio de las vacilaciones y contradicciones que son inevitables en los momentos inaugurales de un nuevo sistema, los dos problemas centrales que suscita la aplicación de la ley son: primero, la determinación de las características de la nueva acción civil que la ley configura, deslindándola de las vías penales que, hasta ahora, eran prácticamente las únicas (5) efectivamente usadas para la protección del honor (6); segundo, la configuración del ilícito civil que la ley regula, determinando con exactitud las condiciones que deben darse para que se produzca una difamación efectiva y surja el derecho a obtener una reparación y la obligación consiguiente de prestarla.

Estas dos cuestiones son, en verdad, el núcleo problemático de las nuevas acciones por difamación.

III

El problema del deslinde entre las acciones civiles y penales por difamación está resultando para nuestros jueces de gran entidad y, como se verá, ha quedado hasta ahora mal resuelto. Normalmente las

sentencias recaídas en estos contenciosos se ven obligadas a abordarlo porque es usual que las partes demandadas opongan una excepción de incompetencia de jurisdicción (7) . Se aduce en este sentido que los hechos que se les imputan son constitutivos, casi por definición, o bien del delito de injurias o bien del de calumnias. La tipificación en el Código Penal del delito de injuria alude a expresiones proferidas o acciones ejecutadas «en deshonra, descrédito o menosprecio de otra (8) persona». Y el de calumnia, a «la imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio» (9). Una u otra circunstancia se da también siempre en los hechos lesivos cuya reparación se reclama cuando se usan las acciones civiles de la ley de 1982. De manera que, como acaba de decirse, es normal que los demandados pidan a los jueces civiles que se inhiban en beneficio de la jurisprudencia penal, ya que, según se aduce, siendo los mismos hechos constitutivos al tiempo de un ilícito penal y de un ilícito civil, la protección penal debe considerarse preferente.

Ciertamente, la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor, cuya técnica, en general, es de una imperfección notable, ofrece algunos apoyos, al menos aparentemente, a este tipo de excepciones. Aunque hubiera sido perfectamente posible, no dejó nada claras las relaciones entre las acciones civiles y penales, sino que más bien sentó las bases de la actual confusión.

Era consciente el legislador de que el ilícito civil que estaba regulando era al mismo tiempo un ilícito penal que estaba contemplado como tal en el Código Penal. «Así ocurre -dice el preámbulo de la ley - con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título X, del vigente Código Penal.» Dada esta concurrencia de tipificaciones, la exposición de motivos de la ley apuntó un criterio para cortar el nudo que las enlaza: «En los casos en que exista una protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad. » El artículo 1.2 de la Ley parece luego concretar ese criterio al establecer que «cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal».

Intentaremos enseguida concretar el significado de este misterioso párrafo. Pero ya se ve que parece postular una interpretación *ad absurdum* de la nueva ley. Porque si la protección penal es preferente y si se tiene en cuenta que, por lo normal, las agresiones al honor de las personas que la ley contempla son constitutivas de los delitos de injurias o calumnias, se puede llegar con facilidad a la conclusión de que la vía nueva que la ley ha tratado de abrir será inutilizable en la práctica. Cada vez que se intente usar, el actor quedará remitido a la vía penal de manera necesaria. En todo caso, sólo podrá retornar a la vía civil cuando el juez penal haya declarado la inexistencia de un ilícito penal. Por lo que, en conclusión, la ley de 1982 en lugar de añadir protección al derecho al honor, como, sin duda, ha querido, sólo habría añadido confusión y dificultades procesales para obtener las reparaciones debidas.

Las alusiones que la ley hace a la vía penal y a su enigmática «preferencia» parten, sin embargo, de un doble y manifiesto equívoco: primero, considerar que la vía penal ofrece mayor protección al deshonrado, lo que no es cierto, y segundo, haber aceptado que es preferible que la represión de los difamadores se actúe por la vía penal y no por la vía civil.

En cuanto a esto último, bastará con decir que no parece que esté a la altura de los tiempos en que vivimos que la sanción por informaciones lesivas para el honor de las personas sea, ordinariamente, el encarcelamiento del informador desmesurado. Desde el punto de vista constitucional, tampoco parece necesario que el contrapeso entre los derechos al honor del artículo 18.1 y a informar del artículo 20.1.d) se salde con un correctivo tan rotundo para quien se extralimite en el uso de este último. Dada la importancia de la información de los sistemas 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. Sea entendido todo ello en relación con el uso de la vía penal como procedimiento *ordinario* de protección, lo que no excluye, como es natural, su aplicación contra los libelos más infamantes y lesivos. En fin, en los países que han desarrollado más tanto la libertad de infor-

mación como los mecanismos jurisdiccionales contra su abuso, son las vías civiles y no las penales las que se emplean usualmente (10).

La idea de que la vía penal ofrece una protección mayor al difamado es asimismo inexacta. Nótese, por lo pronto, la siguiente curiosidad: en los juicios civiles sobre protección del honor, los demandados, como ya se ha dicho, plantean sistemáticamente una excepción de falta de jurisdicción y, supuestamente, aspiran con ello a que el juez declare la competencia de la jurisdicción penal. Es decir, que los propios autores de la difamación reclaman que se les aplique la ley penal. No parece que sea éste un signo de la mayor protección y severidad de este sistema. Al contrario, tales apetencias se corresponden con la intuición, que es certera, de que es mucho más difícil obtener una condena penal que conseguir que se estime la reclamación en el juicio civil. Visto el problema desde la perspectiva de los propios difamados, la conclusión anterior es asimismo obvia: desde que entró en vigor la Ley de 1982 se usa el sistema de las acciones civiles con profusión, y la vía penal ha quedado relegada a una posición secundaria y nada relevante.

Y es que, en verdad, los mecanismos penales lo que aseguran es una mayor sanción del infractor, pero no necesariamente una mayor reparación para el deshonrado. Las satisfacciones que a éste le importa obtener no radican en que se prive o no de libertad al informador desmedido, sino que la lesión sufrida se repare mediante rectificaciones o, en su caso, indemnizaciones, de las que el ofendido pueda lucrarse personalmente, bien en el orden moral bien en el económico (11). Estas conclusiones pueden robustecerse si, además de lo dicho en términos generales, se considera la mayor efectividad que, de acuerdo con la concreta regulación recibida en la Ley de 1982, tiene, sin duda, la protección civil. El ilícito civil por intromisiones en el honor de las personas se ha configurado en la ley con tal amplitud que los jueces y tribunales vienen aplicándolo casi con el automatismo de un sistema de responsabilidad objetiva. Basta con que se produzca «la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena» (12) para que, sin que se hagan mayores consideraciones sobre el grado de culpa o negligencia, se declare la obligación de reparar. Hay algún exceso en esta objetivación extremada del sistema, como luego se verá. Pero parece claro, en todo caso, que los requisitos para que prosperen estas acciones civiles son menores que los que se exigen en el caso de las de naturaleza penal. Por añadir, tan sólo, un último ejemplo, es absolutamente común en las sentencias de primera instancia que se vienen dictando en los procedimientos civiles que afirmen que no es aplicable en los mismos la *exceptio veritatis*, que podría ser decisivamente exculpatoria usada contra una acción penal por calumnias, ya que, según se afirma, lo que ha de tenerse en cuenta es únicamente si la difamación se ha producido. El artículo 7º de la Ley de 1982 no hace referencia alguna a la verdad o falsedad de los hechos divulgados. Y es que, ciertamente, según concluyen nuestros jueces, «lo mismo se difama mediante divulgación de hechos delictivos, pero desconocidos, como por la divulgación de hechos falsos» (13). La ley citada no recoge, además, la *exceptio veritatis* como causa de justificación.

IV

Los jueces civiles que están conociendo de estos asuntos han aceptado sin la menor observación crítica el mito de la mayor protección del ordenamiento penal. No obstante lo cual, han tratado de resolver el absurdo que supondría aceptar sistemáticamente las excepciones de falta de jurisdicción y han hallado un camino, que es, sin embargo, insatisfactorio. Consiste en distinguir, como hace, por ejemplo, la sentencia Ramón y Cajal, de la que partíamos «según que los hechos presuntamente atentatorios al honor sean perseguibles de oficio o a instancia de parte». Si los hechos son constitutivos de un delito perseguible de oficio, la vía penal será preferente y excluyente. En el segundo supuesto, la preferencia de la vía penal hay que modularla en atención a las particularidades de los delitos de injurias y calumnias. Siendo éstos

perseguidos a instancia de parte, queda a la libre elección del perjudicado acudir a la vía penal o a la civil. Este razonamiento suele, además, reforzarse apelando a que el propio artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite el ejercicio de acciones civiles separadas de las penas, con el efecto, en tal caso, de que estas últimas quedan extinguidas (14).

Esta solución, aparentemente clara, es, sin embargo, muy poco consistente técnicamente; se sitúa, además, al margen del sistema creado por la Ley de 1982 al establecer diferenciaciones que no pueden deducirse de la misma, e introduce, en fin, una aparatosa complejidad de los procesos por difamación.

Sí se acude al juez civil, ejercitando una acción civil apoyada en hechos que el actor no pretende en ningún momento calificar como de naturaleza penal, sino constitutivos de un ilícito civil tipificado en la ley, no hay razón alguna para que el juez acepte una excepción de incompetencia de jurisdicción. Es claro, por el contrario, que es competente para conocer de la pretensión planteada, puesto que para determinar si un orden jurisdiccional es competente para conocer de un litigio a lo que hay que estar, según conviene la doctrina y la jurisprudencia, es «a la acción que el demandante ejercita efectivamente y no a la que hipotéticamente pudiera ejercitar» (15). No hay razón alguna derivable de nuestro ordenamiento jurídico para que, planteada una acción civil de las reguladas en la Ley de 5 de mayo de 1982, el juez civil que es competente para conocer de la misma, según los términos de la indicada ley, recalifique la acción, sustituyendo al demandante, y lo remita a la jurisdicción penal. Aunque es posible que los hechos en que se basa la demanda civil sean también constitutivos de delito, si al juez no se le ha pedido que se pronuncie sobre su existencia, no tiene por qué declararse incompetente, porque, atendiendo el carácter exclusivamente civil de la acción que se ejercita, sería, sin ninguna duda, competente. Esta conclusión no puede variar en los casos en que los hechos sean constitutivos de un delito perseguible de oficio. Surgirá en este caso (más aún teniendo en cuenta que en los contenciosos civiles de la Ley de 1982 es parte el Ministerio Fiscal) la obligación de denunciarlo o de solicitar la incoación del sumario correspondiente. Si a consecuencia de estas iniciativas de denuncia se incoa un proceso penal, el proceso civil se paralizará. Pero no porque el juez que estaba conociendo del mismo le falte de pronto la competencia, sino porque habrá surgido una cuestión prejudicial penal que es de resolución preferente.

Seguramente el error más significativo de la tesis que estamos comentando radica en haber confundido la incompetencia de jurisdicción con la prejudicialidad penal. Un juez civil ante el que se plantea una acción civil es, sin duda, insistimos, competente para conocer de la misma. No puede aceptar una excepción de incompetencia porque no se le ha requerido para que se pronuncie sobre la existencia de un delito. Ahora bien, sí por cualquier razón se promueve un juicio penal sobre los mismos hechos, surgirá una cuestión prejudicial, con las consecuencias que establece el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si lo hubiere, en el mismo estado en que se hallare hasta que recaída sentencia firme en la causa criminal» Salvo este caso, no hay razón para que el juez suspenda el juicio civil, porque para atender las pretensiones de la parte actora no necesita determinar si existe o no un delito, le basta con concretar si constituyen el ilícito civil que la Ley de 1982 tipifica (16).

Mucho menos parece procedente la inhibición del juez civil cuando (en un proceso, insistimos, en que, además, está presente el Ministerio Fiscal) el único que plantea que los hechos en que se basa la pretensión son constitutivos de delito es la parte demandada, el autor de la difamación. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto similar al que planteamos, cuyo recordatorio puede resultar útil. En su sentencia núm. 50, de 14 de junio de 1983 (BOE de 15 de julio de 1983), atendió el problema siguiente: un funcionario había sido sancionado por la Administración por unos hechos que, desde la perspectiva penal, eran constitutivos del delito de prevaricación; la jurisdicción contencioso-administrativa confirmó la legalidad de la sanción. El interesado recurrió en amparo al Tribunal Constitucional argumentando que los hechos que se le imputaban eran constitutivos de delito y que tenía que haberse acudido a la

jurisdicción penal. El Tribunal Constitucional confirmó, sin embargo, la competencia de la Administración y luego de la jurisdicción contencioso-administrativa, advirtiendo que, aunque los hechos pudieran ser constitutivos de delito, fue la vía administrativa y no la penal la que siguió; la Administración, por su parte, no basó para nada su sanción en la existencia de delito. Y, además, en fin, ni siquiera estaba claro que el delito existiera; de esto sólo parecía estar seguro el propio recurrente.

Los expuestos son, según creo, los principios que ordenan en nuestro ordenamiento jurídico las relaciones entre la jurisdicción civil y la penal. En este marco, la distinción entre el delito público y el delito perseguible a instancia del agraviado, para dar preferencia el primer caso a las acciones penales y en el segundo a las civiles, es un cuerpo realmente extraño, que no tiene fundamento en la nueva Ley de 1982 y, además, complica y perturba innecesariamente su sistema. Dicha Ley, en efecto, no aporta argumento alguno que pueda fundamentar un cambio en las aludidas reglas de relación entre la jurisdicción civil y la penal. Alude, ciertamente, a la preferencia de la vía penal, pero ni hay razón a partir de ese dato para distinguir entre tipos delictivos ni para pensar que la preferencia deba articularse de otra manera que por el sistema de la prejudicialidad ya comentado.

Por otra parte, ya hemos puesto en duda que la protección penal sea superior a la que ofrece la nueva Ley de 1982. Si se conviene que lo argumentado sobre ello es razonable, se podrá concluir también ahora que no hay razón para que los jueces civiles se apresuren a declararse incompetentes cuando los hechos en que se apoya la acción civil pueden ser constitutivos de un delito, cualquiera que sea su naturaleza, porque no es menos eficiente la protección que ellos mismos pueden ofrecer al infamado.

En fin, las potencialidades de perturbación del sistema entero que contiene la técnica de aceptar excepciones de falta de jurisdicción planteadas por el demandado son bien notorias: el juez civil se ve obligado a calificar previamente a los meros efectos que el juez penal coincida luego con sus apreciaciones. De manera que al lesionado se le asegura un penoso calvario procesal: iniciada su acción por la vía civil, el juez civil le remitirá al penal; es probable que éste no vea delito alguno en los hechos que se imputan al demandado (también pesa sobre los jueces de nuestro tiempo la idea, más atrás expresada, de que meter, por ejemplo, a un articulista en la cárcel por haberse excedido resuelve poco la deshonra y penaliza en exceso), por lo que el deshonrado tendrá, en el tercer intento, que retornar a la vía civil si quiere obtener la reparación que estaba buscando.

La conclusión, al término, es obvia: una ley como la de 1982, que ha pretendido ampliar la protección del honor, puede producir, así aplicada, el efecto contrario.

V

Aunque mal resuelta técnicamente, según acaba de verse, hay una intuición por debajo de la quiebra aplicativa que acaba de comentarse, que es, sin embargo, certera.

Aludo a lo siguiente: los delitos contra el honor, cuando son perseguibles de oficio es en los casos en que el calumniado, injuriado, insultado o amenazado es una autoridad pública. Y seguramente lo que ha llevado a algunos jueces civiles a remitir este tipo de difamaciones a la jurisdicción penal es la intuición de que no pueden medirse por el mismo rasero que las agresiones al honor de los demás ciudadanos. Como la Ley de 1982 presenta en este punto sus mayores imperfecciones, no ha hecho distinción alguna en estos supuestos. En verdad, parece que en su sistema lo mismo da que la intromisión afecte al honor de un político o una autoridad que a un privado. Se pone en marcha en ambos casos el mismo mecanismo: si se comprueba que la intromisión es efectiva, de acuerdo con lo que expresa el artículo 7.7 de la Ley, surge inmediatamente la responsabilidad civil, hallada, como se ve, por un mecanismo objetivo que no considera las circunstancias ni del actor ni del paciente. No hay, pues, un sistema de excepciones suficientemente

articulado que maticen ese automatismo.

En lo que marran jurídicamente los jueces civiles que, con mayor o menor conciencia de este problema, han optado por no entrar en el asunto y dar preferencia a la jurisdicción penal es en la solución, que, por lo ya expuesto, no es ésta. Radica, por el contrario, en matizar la aplicación de la ley civil, para lo que existe, como veremos, base constitucional suficiente, atendiendo la condición pública bien del autor del agravio, bien del propio difamado.

Antes de buscar la justificación de esas particularidades, que no se encuentran expresadas en la letra misma de la Ley, parece necesario un mínimo excuso para ver cómo se han resuelto estos problemas en otros sistemas jurídicos.

VI

El ejemplo de Inglaterra y Estados Unidos es, seguramente, el más expresivo tanto por el vigor que en estos países ha tenido la libertad de información como por el extraordinario desarrollo y perfección que han alcanzado las acciones de responsabilidad civil por difamación, que son, desde luego, las de empleo ordinario, con marginación prácticamente absoluta de las vías penales (17).

En el Derecho inglés, el régimen común de responsabilidad por difamación está matizado por un conjunto de excepciones que dan un trato particular a expresiones o manifestaciones que, aunque contengan un potencial agresivo importante, quedan, sin embargo, en régimen de *absoluto privilege* o de *qualified privilege* que las excluye de responsabilidad. Estas excepciones han ido elaborándose paulatinamente por la jurisprudencia y algunas están recogidas en la *Defamation Act* de 1952. Aluden generalmente a frases o expresiones que han sido dichas por hombres públicos o políticos en ejercicio de las funciones propias de su cargo o cumpliendo sus obligaciones, parlamentarias o de otra índole, o a informaciones sobre actos, documentos o personas de relevancia política o pública (18). En esos casos hay una exención prácticamente absoluta de responsabilidad. Una acción de responsabilidad sólo prospera si es posible probar que el autor de las manifestaciones difamatorias ha actuado con *express matice*. Este es un concepto tradicional del Common Law, que se usa en la materia en que ahora estamos para determinar cuándo manifestaciones hechas en ocasiones cubiertas por un *absolute o qualified privilege* pueden, no obstante, determinar la responsabilidad del agente.

La más completa exposición sobre el concepto de *express matice* y la incidencia que tiene en estas cuestiones está en la decisión de la Cámara de los Lores en el Caso *Horrocks v. Lowe* de 1975. Cuando un sujeto, amparado en una de las aludidas situaciones privilegiadas, hace manifestaciones o usa expresiones que pueden resultar difamatorias, la exención de responsabilidad queda destruida si se prueba que el deseo de injuriar era el motivo dominante de la publicación difamatoria. El simple conocimiento por parte del autor de la publicación de que sus manifestaciones pudieran tener efectos difamatorios no es suficiente para romper la situación de privilegio si se ha actuado con buena fe o en cumplimiento de un deber. Si se puede probar, en cambio, que el injuriante no creía que lo que publicaba fuera cierto, esta circunstancia se considera una evidencia de que existe malicia expresa. Pero, en el polo opuesto, la creencia positiva en la verdad de lo que manifestaba o publicaba puede no ser suficiente para justificar que no ha habido malicia si puede probarse que el difamador estaba usando su situación privilegiada para fines no amparados por el Derecho, con notoria desviación o con el único deseo de difamar. También, en fin, puede quedar rota la situación privilegiada si se hace una publicación falsa temerariamente (*recklessly*); es decir, sin haber puesto un cuidado suficiente en comprobar si es cierto o no lo que se publicaba (19).

En Estados Unidos, la separación del régimen común de responsabilidad de aquellas manifestaciones o informaciones que se refieren a agentes públicos o a personas con responsabilidades políticas ha tardado

más tiempo en formarse. Tradicionalmente la jurisprudencia aceptaba con facilidad las demandas por difamación contra la prensa cualquiera que fuera la condición personal del injuriado (esta concepción tradicional puede verse, por ejemplo, en *Chaplinsky v. New Hampshire* de 1942). Sin embargo, a partir de la sentencia *New York Times v. Sullivan* de 1964 (20) el Tribunal Supremo definió con exactitud los términos en que los poderes públicos tendrían que basar sus acusaciones frente a la prensa para que ésta pudiera ser condenada a pagar los daños y perjuicios, que conforme al régimen ordinario del *common law* no es preciso que fueran efectivos, ya que la obligación de reparar tiene también la condición de pena civil derivada del Law of *Torts*. La sentencia dijo que la primera enmienda de la Constitución («el Congreso no podrá hacer ley alguna que restrinja excesivamente la libertad de expresión o la libertad de prensa») suponía una «consagración profunda a nivel nacional del principio de que el debate acerca de temas públicos debería ser desinhibido, robusto y abierto, y que, por tanto, la primera enmienda podría amparar vehementes, cáusticos y, a veces, nada agradables ataques agudos contra el Gobierno o contra los oficiales públicos». Partiendo de esta declaración de principio, estableció la doctrina de que las reclamaciones de daños y perjuicios de un político o agente público por difamaciones hechas desde la prensa sólo deberían prosperar cuando la afirmación difamatoria había sido dirigida a la persona y no genéricamente al órgano administrativo de que era, en su caso, titular. Por otro lado, este tipo de acciones deberían examinarse con criterios restrictivos para no incidir en el conveniente debate e información sobre los temas públicos.

La doctrina de esta sentencia (estructurada de forma similar que la jurisprudencia británica de que hemos dado razón) afirma que no es suficiente, en los supuestos aludidos, para condenar por difamación, con que se hayan publicado afirmaciones erróneas; los errores simples son inevitables, según el Tribunal, en un debate acerca de cuestiones públicas. Arrojaba de este modo la sentencia con un privilegio de buena fe las críticas vertidas contra cargos públicos. De forma que para que la acción prosperara no bastaba con que las afirmaciones fueran falsas. Sería también preciso que el injuriado probara que la afirmación fue hecha con «malicia real es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferencia temeraria acerca de si la afirmación era falsa o no» (*actual malice-that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not*).

El concepto de *malicia real* lo ha aclarado luego el propio Tribunal Supremo norteamericano (para separarlo del concepto de malicia que se usa en el derecho de obligaciones, equivalente al dolo en nuestro Derecho), afirmando que para que exista tiene que darse un conocimiento de que los hechos eran falsos o que, aun sin tener conciencia de ello, se publicaron con absoluta indiferencia acerca de la verdad o falsedad de la afirmación. En principio basta con el testimonio de que publicó los hechos de buena fe y sin darse cuenta de su probable falsedad (21). Ha de probarse lo contrario (22). Pero incluso así, con limitaciones: si contando con una información ambigua de una fuente oficial de los hechos, una publicación sigue una de las posibles interpretaciones de los datos suministrados, no puede decirse que exista «indiferencia temeraria» hacia la verdad de los hechos.

VII

Como puede comprobarse, los sistemas que tienen más desarrollados mecanismos jurisdiccionales civiles de protección del honor y la fama de las personas mantienen la coherencia, exceptuando del régimen general, que es el que se aplica al común de los ciudadanos, las manifestaciones e informaciones hechas por determinados sujetos o dirigidas contra las personas que tienen responsabilidades de naturaleza política. No sustituyen en estos casos el ilícito civil por otro de naturaleza penal, sino que siguen operando sobre el primero, aunque matizando su régimen. Nuestra Ley de 1982 no ha usado, sin embargo, este régimen de excepciones en lo que concierne a la protección del honor (23). Algunos jueces de primera

instancia lo han construido, sin embargo, rompiendo la coherencia del sistema, declarándose incompetentes en favor de la jurisdicción penal cuando han tenido que enfrentarse con este tipo de asuntos. Ya hemos explicado las razones por las que tal solución nos parece defectuosa y carente de todo fundamento en el sistema de la Ley 1982. La acción civil configurada en dicha Ley es nueva y completamente independiente de la penal (sin perjuicio del juego de la prejudicialidad penal cuando proceda) y no puede romperse el sistema de la ley ni la coherencia de la acción y del ilícito mismo en que se basa, sustituyéndolo por otras fórmulas de protección y reacción diferentes procesalmente y en cuanto al fondo.

Resta por añadir que, manteniendo la unidad de la acción civil y aplicando también el mismo ilícito civil a toda clase de difamadores, la segregación del régimen común de aquellos supuestos en que los sujetos agente o paciente están cualificados por su responsabilidad política es perfectamente construible, sin precisarse siquiera una modificación de la Ley de 1982 por la vía jurisprudencial.

Y ello porque esta Ley, como todas, precisa ser interpretada de acuerdo con los principios de la Constitución. Y manejando la Constitución no es difícil concluir que la delimitación del derecho de información art. 20.12) y el contenido del derecho al honor (art. 18.1) juegan de diferente forma cuando, por ejemplo, la información se refiere a una persona que ostenta un cargo público o político. El derecho a ser informados del resto de los ciudadanos entra en juego con fuerza, se suma al derecho general a informar y balancean ambos hacia su campo la resolución de los problemas derivados de una información que pueda resultar difamante. El honor opera en estos casos como un derecho menos vigoroso, más debilitado, más incapacitado para imponer en su beneficio limitaciones absolutas de aquellos derechos de información. Tanta fuerza sólo cabría reconocerle cuando la intromisión afecta a un ciudadano ordinario, no al ciudadano cualificado por su responsabilidad política. Porque, en fin, no se enfrentan en este último caso, tan sólo, los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 18.1 y 20.1.d), sino que hacen fuerza en su propio beneficio otros valores fundamentales sobre los que se asienta todo el orden democrático en que la Constitución se fundamenta: el pluralismo político (art. 1.1), la sustitución consiguiente en el desempeño de las responsabilidades públicas, el control de la acción pública y la información que es precisa para que todo ello sea posible.

Aplicando estos criterios constitucionales me parece, en fin, que puede modularse la aplicación de la Ley de 1982 por vía jurisprudencial, rellenándola de los matices que tanto precisa. Aunque resta por indicar, en fin, que como en los sistemas británico y norteamericano a que hemos aludido, la construcción jurisprudencial de situaciones privilegiadas no excluye, sino que más bien exige que el régimen general de responsabilidad civil se aplique entero frente a las informaciones difamatorias que son maliciosas, divulgadas sin la debida diligencia al comprobarlas, con indiferencia arrogante hacia la verdad, o difundidas con el propósito exclusivo de difamar.

NOTAS:

(1) Los entrecomillados son siempre de la sentencia de 14 de enero de 1986 del Juez de Primera Instancia número 10 de Madrid.

(2) En torno al honor, como derecho de la personalidad, y su protección, véase CASTAN TUBEÑAS, «Los derechos de la personalidad», RGLJ, 1952; DE CASTRO Y BRAVO, «Los llamados derechos de la personalidad», ADC, 1959; BELTRAN DE HEREDIA, «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad» 1976; CASTAN VAZQUEZ, «La protección del honor en el Derecho español», RGL, 1957; BAJO FERNANDEZ, «Protección del honor y de la intimidad» en *Comentarios a la legislación penal*, 1982, tomo 1, páginas 125 y ss.; en general, sobre la aplicación de la responsabilidad civil por lesiones al honor, lo que dice SANTOS BRIZ en su estudio «La responsabilidad civil», 1970, esp. pág. 173 y ss.; y más recientemente, los comentarios del mismo autor al artículo 1.902 del Código Civil, en los *Comentarios al Código*

Civil, dirigidos por M. ALBADALEJO, Madrid, 1984, tomo XXIV. También C. SORIA, *Derecho a la información y derecho a la honra*, 1981.

(3) Por la vía civil, usando las previsiones del artículo 1.902 del Código Civil, las sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado este siglo para la protección del honor son contadas. Pueden citarse la de 6 de diciembre de 1912 («una de las decisiones más famosas de la jurisprudencia civil española, por ser la primera vez que se admite que debe ser indemnizado el daño moral»: DIEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo 1, 1966, pág. 119), 14 de diciembre de 1917, 12 de marzo de 1928, 31 de marzo de 1930, 4 de abril de 1936, 25 de junio de 1945, 7 de febrero de 1962 (que contiene una amplia recapitulación sobre esta jurisprudencia) y 27 de enero de 1973. Sin embargo, nada más aprobarse la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 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 1.902 del Código Civil en toda su historia.

(4) Sobre los indicados derechos, entre nosotros, pueden consultarse, por todos, los libros de L. M^a MARINAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, y F. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.

(5) Cfr. supra notas 2 y 3.

(6) No en vano el Código Penal contiene una tipificación específica de los delitos contra el honor en el libro II, título X.

(7) Pueden verse, por ejemplo, las sentencias Asociación Profesional de la Magistratura v. Pablo Castellano de 22 de diciembre de 1984 (juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid); Porta v. García de 27 de noviembre de 1984 (Juzgado núm. 3); Barrionuevo v. El País de 27 de junio de 1985; Cesarky v. El País de 10 de junio de 1985, etcétera

(8) Artículo 457 del Código Penal.

(9) Artículo 453 del Código Penal.

(10) Esta afirmación, por ejemplo, en B. NEIL & R. RAMPTON, *Duncan & Neil on defamation*, 2^a ed., Londres, 1983, pág. 144.

(11) Las reparaciones económicas por la lesión moral están expresamente indicadas por el artículo 8.1 de la ley de 1982. Véase, no obstante, un curioso ensayo de teorización jurisprudencial sobre la idoneidad de compensaciones económicas para el daño moral en la *sentencia de 7 de febrero de 1962*, con alusiones a las soluciones tradicionales en nuestro derecho histórico, Por cierto que algunas sentencias de primera instancia (por ejemplo, la *sentencia C Moral v. Ediciones Zeta* de 17 de septiembre de 1985 del juzgado núm. 19 de Madrid) han sustituido los criterios de valoración de la Ley de 1982 por otros menos ambiciosos. Tienen en cuenta lo que se indemniza habitualmente por muerte y considerando que la cifra en estos casos nunca es mayor de cinco millones; según el criterio de la sentencia citada, una lesión del honor puede compensarse con menos. Parece notorio que la Ley de 1982, artículo 8^o no conduce a esas conclusiones.

(12) Artículo 7.7 de la Ley de 1982.

(13) La frase entrecomillada es la de la *sentencia Porta v. García* de 27 de noviembre de 1984 del Juez de Primera Instancia núm. 3 de Madrid.

(14) Según el artículo 112 de la LECr., «si se ejercitara sólo la (acción) civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse, sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal».

(15) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1975 que recoge coincidiendo con su doctrina, DE LA OLIVA, *Lecciones de Derecho procesal, I*, Barcelona, 1984, pág. 205.

(16) La prejudicialidad fundada en que la sentencia se haya de basar exclusivamente en la existencia

de delito, en el artículo 362 de la LEC.

(17) Cfr. nota 10.

(18) Las manifestaciones protegidas con un privilegio absoluto o con un privilegio cualificado, respondiendo siempre a los criterios generales que se dicen en el texto, están relacionadas en el libro de B. NEIL y R. RAMPTON, *Duncan & NEIL on Defamation*, 2ª ed., Londres, 1983, págs. 75 y ss. Existen, además, otros mecanismos exculpatorios expresamente recogidos en la *Defamation Act* de 1952, artículo 4º, para aquellos casos en que una publicación difamatoria se ha llevado a término «inocentemente» y se ofrece al agraciado una corrección suficiente Cfr. op. cit. págs. 104 y siguientes.

(19) El caso *Horrocks v. Lowe* está transcrito en su integridad en B. NEIL y R. RAMPTON, cit. págs. 114 y ss, que ofrecen también una síntesis de la doctrina que de él resulta y es utilizada ordinariamente por los Tribunales británicos.

(20) Es excelente y completa la exposición que puede encontrarse sobre este caso, sus antecedentes y la evolución ulterior de la jurisprudencia en J. NOWAK, R. D. ROTUNDA, J. N. YOUNG, *Constitutional law*, St. Paul Minnesota, 1978. Cfr. también, por ejemplo, W. B. LOCKHART, Y. KAMISAR, J. H. CHOPER, *Constitutional Right and Liberties*, St. Paul, Minnesota, 1981, págs. 307 y ss., y la exposición de L. H. TRIBE, *Constitutional Choices*, Harvard U. P., Cambridge, Massachusetts, 1985, págs. 188 y siguientes.

(21) Sentencia *Amat v. Thompson* de 1968 (390 V. S. 727, 1968).

(22) La verdad o falsedad de la información no puede derivarse de la simple constatación de la hostilidad general del demandado hacia el demandante (sentencia *G. Renbelt Cooperativa Publishing Association Inc. v. Bresler*, 398, u. s., 6, 1970).

(23) Sólo existe en la Ley de 1982 una excepción general al régimen en ella establecido (art. 8.1: «No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante») y unos supuestos particulares (art. 8.2) aplicables solamente al derecho a la propia imagen.