

# doctrina

## Enseñanzas del secuestro de la revista **El Jueves** para la responsabilidad civil. Apuntes a vuela pluma, recién cumplido un cuarto de siglo de **Ley del Honor**

**Mariano Yzquierdo Tolsada**

*Catedrático de Derecho Civil (Universidad Complutense)*

*Consultor de CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Derecho Civil y Propiedad Intelectual)*



### Sumario

1. El Auto del juez Del Olmo.
2. Esto no es censura previa, aunque sí torpeza del Fiscal.
3. Un consejo a la señora Vicepresidenta del Gobierno.
4. Balance de veinticinco años de jurisprudencia sobre difamación.
  - 4.1. Sobre la doctrina de la veracidad y sobre la responsabilidad subjetiva o por culpa de los medios de comunicación: ¿única fórmula que cabe en la Constitución?
  - 4.2. Sobre lo que es y lo que no es insultar. El contexto como criterio y el contexto como pretexto.
  - 4.3. Consecuencia última de la confusión consistente en limitar la defensa del honor a la tutela resarcitoria.



## 1. El Auto del Juez Del Olmo

“La imagen y diálogos atribuidos a Sus Altezas provocan un grave menoscabo en el prestigio de la Corona”. Pocos días después de dictado, pude leer el Auto del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2007 (más conocido en los días en que se hizo público como “Auto del Juez Del Olmo”) por el que se acordaba “el secuestro de la publicación correspondiente al ejemplar de la revista EL JUEVES, año XXX, nº 1573, del 18 al 24 de julio de 2007, así como del molde de dicha publicación”. Y pasé una semana leyendo muchas de las declaraciones recaídas a raíz del fruto de la reflexión de algunos, la incontinencia verbal de otros y la ignorancia de muchos (una ignorancia que no admite redención si quien habla es toda una Vicepresidenta del Gobierno de España).

En relación con la viñeta, de un mal gusto y una chabacanería descomunales, no me corresponde a mí valorar la oportunidad o no de la medida cautelar del Auto del Juez Del Olmo en términos que no sean los estrictamente jurídicos. Pero sí quiero dedicar estas páginas a puntualizar algunas de las declaraciones de contenido jurídico que hemos tenido que soportar a lo largo del pasado verano, y también a extraer alguna consecuencia en el ámbito de unas reflexiones acerca de lo que, en relación con el ilícito en que consiste la difamación, han sido los veinticinco años de vigencia de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Un cuarto de siglo a lo largo del cual se ha convertido en un auténtico lugar común la equivocada creencia de que la finalidad de esta ley está en regular simplemente la responsabilidad civil por las intromisiones ilegítimas en los derechos protegidos. Una equivocación que tiene a los abogados y a los jueces como principales artífices, pero de la que tampoco nos libramos los profesores de Derecho civil.

## 2. Esto no es censura previa, aunque sí torpeza del Fiscal

Muchos han creído que la medida consistente en el cierre de una publicación supone regresar a los negros tiempos de la censura previa. Una estupidez que ignora básicamente dos cosas: que la censura previa era una medida de carácter administrativo, y que como tal, fue desterrada expresamente en 1978 por el artículo 20.2 de la Constitución. De lo que estamos hablando aquí es de una medida estrictamente judicial, que nada tiene que ver con la censura previa. El Auto del juez Del Olmo dice lo que dice porque así lo ordena el artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Inmediatamente que se dé principio a un sumario por delito cometido por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, se procederá a secuestrar los ejemplares del impreso o de la estampa donde quiera que se hallaren. También se secuestrará el molde de ésta”*.

Otra cosa es que haya quien ridiculiza al juez Del Olmo por el nulo efecto práctico de su medida. La verdad sea dicha, es como poner puertas al campo eso de que se ordene un viernes el secuestro de una revista que ya estaba en los quioscos desde el miércoles, y ello no podía tener otro efecto que el que terminó teniendo: la edición en papel estaba prácticamente agotada desde antes de que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recibieran la orden de retirar la publicación de los puntos de distribución y venta; el lunes siguiente, ya se pedían hasta 2.500 euros en Internet por un ejemplar de la revista, que se ofrecía por docenas en eBay, uno de los mayores centros de compra, venta y subasta de la red; el chiste genial de Ricardo, en su viñeta del Diario El Mundo de ese día, mostraba a dos esquimales en la puerta del igloo sorprendiéndose uno de que el otro no hubiera visto ni oído nada sobre el asunto, y hablando sobre lo que los Príncipes de Asturias aparecían haciendo o diciendo en la portada de la revista secuestrada.

Pero se equivocan quienes ridiculizan al juez, pues el Auto no podía ir más lejos que lo interesado por un fiscal, Miguel Ángel Carballo, que tuvo la muy torpe ocurrencia de no solicitar el cierre de la página web de *El Jueves* hasta después de que se conociera la medida cautelar adoptada. Y se equivocan quienes dicen –que hasta de eso hubo– que no había proporcionalidad en la medida de cierre porque los Príncipes de Asturias no habían sido víctimas de calumnia. Pero es que el Auto se centra única y exclusivamente en los delitos de injurias, que también encajan entre los que aparecen en los artículos 490.3 (injurias al Rey o familia real en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, y, con pena más suave en circunstancias distintas) y, sobre todo, 491.2 (injurias a las mismas personas consistentes en la utilización de su imagen de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona) del Código penal. El procedimiento penal será la sede oportuna para valorar si la caricatura era simplemente satírica o afectaba realmente al honor y dignidad de don Felipe y doña Leticia. Pero de más está decir en una publicación como la presente que en fase cautelar solamente cabe la apreciación de un “contenido mínimo indiciario de matiz incriminatorio”, como se lee en el Auto. La sentencia después será absolutoria o condenatoria, y a su lectura debería tanto crítico haber pospuesto sus apreciaciones.

Cuando llegue la sentencia, en fin, pero no ahora. Entonces se verá si había injuria, infamia o actitud denigrante en la representación gráfica de Sus Altezas Reales o solo una sátira *subidita de tono* pero legítima. Se verá, en fin, si lo ocurrido encaja en los tipos penales o no. Pero se equivocan también, en el otro extremo, quienes añaden defensas inoportunas del Auto del juez Del Olmo alegando que si todo se ha llevado al terreno penal es porque en el ámbito civil no cabe el cierre de

una publicación como medida cautelar, que es otra de las barbaridades que he podido leer en algunos medios digitales. Los autores de tales payasadas (algunos pasan por especialistas en Derecho de los medios de comunicación) parecen ignorar que también se encuentran previstas en el art. 9.2º de la Ley del Honor las medidas cautelares, entre las que se comprenden la acción “encaminada al cese inmediato de la intromisión ilegítima” y las medidas cautelares propiamente dichas, entre las que, naturalmente, pueden incluirse excepcionalmente el cierre o secuestro y la retención o embargo de los medios de comunicación (art. 20.5 C.E.). Es mérito de Pantaleón haberse “atrevido” a decir que entre las medidas cautelares puede estar la de que un juez pueda prohibir la publicación de una información difamatoria objetivamente falsa o lesiva de la intimidad personal. Naturalmente que eso no supone la exhumación del “cadáver de cierto militar ferrolano de alta graduación”<sup>1</sup>, como se han permitido decir o insinuar ahora tantos periodistas de relumbrón. Estén a la izquierda, a la derecha o al centro, a todos los que opinan sobre cuestiones jurídicas sin tomarse previamente la molestia de leer alguna publicación jurídica habrá que decir que si nadie dice que cuando el art. 141.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual permite al juez «*la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda*» (art. 136.2), asegurando con ello los eventuales efectos de una condena al cese de la actividad ilícita que comprenda la suspensión de la explotación (art. 139.1.a) y la prohibición de reanudarla (art. 139.1.b), ello pueda suponer una especie de atentado contra el derecho constitucional a la libre creación literaria o artística. Existen las cautelares en sede de propiedad intelectual y en sede de patentes, y de marcas, y de diseño industrial, porque el pirateo galopante de nuestras calles no permite esperar a la sentencia para comprobar si ese pira-

<sup>1</sup> PANTALEÓN, “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 10, septiembre-diciembre 1996, pág. 215.



ta lo era de verdad o era más bien un compositor maravilloso a quien las medidas cautelares pueden estropear el desarrollo de sus virtudes como músico. Y si esos bienes inmateriales tienen protección cautelar, no se entiende muy bien por qué el honor o la intimidad van a ser menos. Sobre todo –insisto– cuando la ley también permite en este terreno la adopción de medidas cautelares, junto con el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. Otra cosa es que las mismas se utilicen poco, precisamente porque la sombra de la censura previa pulula detrás de jueces timoratos que ignoran que esto, repito hasta la pesadez, no es censura previa, dado su carácter exquisitamente jurisdiccional. Si en este asunto se ha utilizado el Código penal será porque con seguridad no ejercitarán acción civil los únicos legitimados para hacerlo, habiendo siendo el autor de la denuncia el Ministerio Público porque, de existir delito, se trataría de delitos perseguibles de oficio, pues no serían simples injurias sino delitos contra la Corona.

O lo que es lo mismo, para que una mañana aparezca en negro la página de un diario que estaba destinada a dar luz pública a una noticia aparentemente difamatoria, no es necesario que el juez haya apreciado grandes motivaciones de contenido penal. La difamación (“*imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”, artículo 7.7 de la Ley del Honor) no es más que una traducción en el Derecho civil de lo que en el penal es la injuria (“*acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”, artículo 208 del Código penal). Ir por una o por otra vía dependerá solo del grado de enojo del ofendido. Simple y llanamente.

Y las cautelares caben en ambos órdenes, algo que le parece retrógrado a algunos, pero que

está previsto por la ley. Que la medida del juez sea oportuna en términos sociales y periodísticos es, desde luego, discutible. Pero no se puede negar que cumplía el principio de legalidad (artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que perseguía un fin legítimo (proteger a los perjudicados e impedir la continuidad de los efectos de una acción que puede ser delictiva –ya se verá si lo es en el oportuno momento procesal–) y que se encuentra motivada. Más difícil es afirmar con rotundidad el principio de proporcionalidad, pues si para ello es necesario que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), que no exista otra medida más moderada para ese propósito (juicio de necesidad) y que deriven de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), más bien correspondería decir que, como el cierre de la publicación no iba acompañada del cierre de la edición digital (y todo ello el miércoles, y no el viernes ni el lunes), Del Olmo no ha conseguido el objetivo propuesto y los perjuicios han sido mayores, pues muchos millones de españoles llevábamos muchos años sin interesarnos por *El Jueves*. En mi caso, desde los tiempos de Adolfo Suárez, época de aparición de la publicación.

El mayor mérito del Auto del juez es entonces el de hacer ver a las claras que la normativa que defiende el derecho al honor no se limita a ser una legislación especial sobre responsabilidad civil. Aunque ni se cite en la resolución, la del Honor no es simplemente una ley especial que se ha de sumar a las numerosas normas que sobre responsabilidad civil se encuentran fuera del Código civil. Que contiene como medida de protección a la indemnización de daños y perjuicios es una cosa (probablemente la más eficaz y, con seguridad absoluta, la que con mayor frecuencia se persigue), pero que junto a la indemnización existen otras medidas es algo que no necesita mucha demostración: basta con reproducir el artículo 9.2º: “*La tutela judicial comprenderá la adopción de todas*

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

### 3. Un consejo a la señora Vicepresidenta del Gobierno

Pero la guinda del despropósito la puso doña María Teresa Fernández de la Vega cuando buscaba la cuadratura del círculo a la salida del Consejo de Ministros del viernes 20 de julio. Dijo, en efecto, la Vicepresidenta del Gobierno, que “la libertad de expresión es un derecho fundamental a través del que cobran vida todas las instituciones de un gobierno democrático. No soy partidaria de poner trabas a la libertad de expresión. Es más, *la libertad de expresión no debe tener límites*» (¡¡¡sic!!!). Pero añadió que «esto no es incompatible con el hecho de que la libertad de expresión conviva con otros derechos fundamentales: el honor, la intimidad y la dignidad de las personas». Un nuevo amago de ese *buenismo* dulzón, estomagante y cursi, como cuando nos decían que el derecho a la propiedad privada de los inmuebles “convive” con el derecho de los *okupas* a vivir en un lugar digno no aprovechado<sup>2</sup>. No, doña María Teresa. Los derechos fundamentales “conviven”, salvo cuando entran en colisión, y entonces hay que poner los límites y saber qué derecho es el que prevalece. Y esto no lo dice quien firma estas

líneas. Lo dice la propia Constitución Española: “Estas libertades [de expresión, de producción y creación, de cátedra y de información] tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (artículo 20.4). Es la Constitución un importante texto legal que alguna vez le convendría a usted hojear (“pasar las hojas de un libro, leyendo deprisa algunos pasajes”), e incluso ojear. Pero si hace esto último, le ruego que no utilice la segunda acepción que del verbo da la Real Academia (“hacer mal de ojo”), sino la cuarta (“mirar superficialmente un texto”), porque si hace lo primero, sería mucho peor.

La señora Fernández de la Vega hablaba también de la licitud de las caricaturas, y se equivocaba, como también se equivocan quienes dicen que las caricaturas “de acuerdo con el uso social” representan un límite legalmente establecido en el derecho al honor, pues el artículo 8.2.b de la Ley del Honor de lo que habla es de límites en el derecho a la propia imagen, pero no al derecho al honor. Una caricatura, en cuanto representación gráfica satíricamente deformada, puede ser lícita en relación con aquel derecho, pero ilícita en relación con el honor o la intimidad si el dibujo satírico del personaje público se presenta con innecesaria rotundidad vejatoria (STS de 14 de abril de 2000). De lo contrario, como se deduce de la SAP de Baleares de 9 de diciembre de 2002, bastaría con publicar una caricatura en vez de un retrato para que fuera legítimo llamar a alguien “viejo nazi, borracho, ladrón, pederasta y cabrón”.

<sup>2</sup> En efecto, la entonces Ministra de Vivienda advirtió a primeros de 2007 que el movimiento *okupa* no deja de ser “una forma de vida alternativa”. María Antonia Trujillo, profesora de Derecho constitucional, tiene razón. Los *okupas* hacen uso de una alternativa cultural y vital. Pero una alternativa que, casualmente, es delictiva, con arreglo a lo que establece el artículo 245 del Código penal. Y es justo lo que suele pasar con los delincuentes... Efectivamente, una alternativa es respetar al prójimo, respetar la propiedad de los demás, pagar los impuestos y trabajar para poder comprar lo que a uno le dé la gana. La otra es matar, robar, defraudar a Hacienda o, como plantea la señora Ministra, ocupar una vivienda ajena sin pagar un céntimo. Es, en efecto, una simple cuestión de formas alternativas de vida.



#### 4. Balance de veinticinco años de jurisprudencia sobre difamación

El episodio del cierre de El Jueves tiene interés porque supone, al margen de consideraciones sobre la oportunidad de la medida en términos socio-lógicos y políticos, un soplo de aire fresco, sobre todo porque nos brinda un buen argumento para mostrar que la Ley del Honor no solamente se ocupa de cuestiones de responsabilidad civil. Ojalá pudiéramos pronto contar con resoluciones judiciales que sirvieran para cambiar el rumbo marcado por una jurisprudencia que, en lo que sí es propiamente responsabilidad civil por difamaciones, me ha desagradado siempre profundamente. A ella dedicaré unas reflexiones a continuación.

El pasado 5 de mayo se cumplieron veinticinco años de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Se trata de una de las leyes más cortas dictadas para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, pero ha dado lugar a lo largo de este cuarto de siglo a varios miles de sentencias, y sin duda ha sido la que ha arrojado más títulos al mercado editorial, dado que la materia que contiene ha resultado especialmente sugerente para tratadistas, doctorandos e investigadores y estudiosos del Derecho en general. Con independencia de que, en los extremos de que me ocuparé en estas líneas, la jurisprudencia de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional deja bastante que desear, hay que agradecer muy sinceramente que Jueces y Magistrados hayan hecho lo que el legislador no hizo. La Ley del Honor no separa en su articulado el estudio de cada uno de los derechos objeto de protección, como habría sido deseable, y el legislador no se interesó demasiado por trazar los linderos entre las libertades constitucionales de expresión y de información y los derechos al honor, intimidad e imagen, ni tuvo en cuenta las implica-

ciones penales ni procesales, ni tampoco la doctrina civil. Pocas normas, en fin, y excesivamente esquemáticas para servir de cauce inexorable de interpretación de conductas.

##### 4.1. Sobre la doctrina de la veracidad y sobre la responsabilidad subjetiva o por culpa de los medios de comunicación: ¿única fórmula que cabe en la Constitución?

Donde está a mi juicio la mayor zona de sombra es en que la jurisprudencia ha venido sacralizar una doctrina sobre la responsabilidad de los medios de comunicación que, importada del otro lado del Atlántico, no encaja bien en latitudes como las latinas, que tienen otros contextos y otras dimensiones. Es ya un auténtico lugar común: la información ha de ser veraz, aunque eso no signifique que tenga que ser objetivamente cierta. Si sobre una trama de corrupción urbanística o sobre un turbio asunto de pederastia –utilicemos ejemplos fáciles y recurrentes– hubo investigación por parte del informador, comprobación de los hechos, tarea de búsqueda y de contraste y no mera elucubración o conjetura, la información ya se califica de veraz. Y si luego resulta que no reflejaba la verdad material, será una información objetivamente falsa por no existir adecuación entre el suceso y la información que sobre el suceso se publicó, pero sigue siendo veraz, y no existe difamación. Es ésta una idea que constituye una jurisprudencia tan consolidada que excusa de la cita concreta. Y se dice que exigir del medio de comunicación que solamente informe sobre verdades absolutamente contrastadas sería tanto como negar el propio ejercicio de la libertad de la información, y, lo que es peor, el libre acceso del ciudadano a la información veraz, pues “la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (STC 6/1988, de 21 de enero).

La doctrina de la veracidad ha traído consigo que la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la difamación sólo admite la moda-

lidad subjetiva o por culpa: no se responde ante el perjudicado por haber contado sobre él una falsedad, sino porque el periodista no fue diligente en su labor de averiguación de los hechos, dando por cierto, por ejemplo, lo que solamente era un rumor o una insinuación insidiosa de terceros. Y si fue diligente, obteniendo rectamente una información (y difundiéndola después) en la que se sembraba la sospecha de que un señor es un corrupto o un pederasta, pero al final se demuestra que nunca fue ni una cosa ni otra, no responderá ni el periodista ni tampoco el medio de comunicación. Lo primero es algo, en fin, que contrasta mucho con la severidad de trato que la jurisprudencia dispensa a médicos, arquitectos, abogados y otros profesionales. Y lo segundo también contrasta con la severidad dispensada a cualquier otra empresa que se dedique a cualquier otra actividad, hasta el punto de que se ha convertido ya en frase de “cortar y pegar” en las sentencias esa que reza: “cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir”<sup>3</sup>.

Se trata de justificar por los medios de comunicación que, si se quiere que un país democrático tenga una sana libertad de información, es ésta la única fórmula que tiene cabida en la Constitución. Pero a mí me parece que no tendría nada de inconstitucional que se mantuviera, sólo para el concreto periodista, un sistema de responsabilidad como el descrito, pero que en cambio la responsabilidad del medio de comunicación tuviera lugar por el simple hecho de la falsedad objetiva.

Con todo, que los medios de comunicación ocupen un lugar privilegiado en el mundo de la res-

ponsabilidad civil porque se haya dado por bueno eso de que solamente deben responder cuando haya negligencia en sus actuaciones dañosas, no es lo más llamativo. Al fin y al cabo, siempre se podrá decir que la manera correcta de entender la norma de nuestra Constitución que reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente “información veraz”, no necesariamente verdadera (art. 20.1.d) consiste precisamente en que se considere inconstitucional cualquier “ley que hiciera pagar a los empresarios titulares de los medios de comunicación y a sus clientes, en lugar de a los particulares difamados, el precio de los errores inevitables de la feroz carrera por las primicias informativas”<sup>4</sup>. Y no es lo más llamativo porque la Disposición Adicional duodécima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vino a añadir un apartado 3 al artículo 525 LECiv., a cuyo tenor “No procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen”. Desde luego, como se ha señalado por quienes se han ocupado de estudiar este particular, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 tiene una querencia muy favorable a la ejecución provisional de las condenas no firmes, una ejecución que tiene expresamente carácter preferente cuando se trate de derechos fundamentales (artículo 524.5). Pero la reforma de 2003 lo que hace es olvidarse de que los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen son tan fundamentales como las libertades de información y expresión.

La justificación de la enmienda número 252 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado se refería al peligro que una ejecución provisional de sentencia condenatoria puede tener

<sup>3</sup> Parecidas frases pueden encontrarse, por utilizar solamente los últimos años, en las SSTs de 23 de octubre de 2006, 27 de noviembre de 2006, 20 de diciembre de 2006, 5 de enero de 2007 o 30 de marzo de 2007.

<sup>4</sup> PANTALEÓN, Bromas y veras sobre un siglo de Derecho civil, en *El Derecho español en el siglo XX*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 172.



para los medios de comunicación de pequeñas dimensiones, que se encontrarían “en la necesidad de cerrar sus puertas para hacer frente a la ejecución provisional antes de que una instancia superior revise la primera sentencia”. Pero el resultado viene a ser una completa hiperprotección de todos los medios, sean del tamaño que sean y tengan el patrimonio que tengan, y también de los simples particulares que hayan resultado condenados por intromisiones ilegítimas en los derechos protegidos. Hace unos años escuché decir al profesor Pantaleón que hay quienes aplauden que pueda caer en quiebra (ahora concurso) un laboratorio farmacéutico por tener que responder frente a los consumidores de los daños producidos por un producto cuyos efectos nocivos la ciencia era completamente incapaz de prevenirlos en el momento de la puesta en circulación del mismo, pero que en cambio esos que dan palmas son los mismos que niegan la misma posibilidad cuando lo “defectuoso” no son unos fármacos sino unos periódicos, porque éstos “son muy importantes en una sociedad democrática”. Pero –decía Pantaleón–, si esto último es verdad, también lo es que los laboratorios farmacéuticos son muy importantes para que haya demócratas...<sup>5</sup>.

#### 4.2. Sobre lo que es y lo que no es insultar. El contexto como criterio y el contexto como pretexto

No cabe duda de que construir una doctrina que valga para resolver de una misma manera los diferentes casos de intromisiones ilegítimas en estos derechos es muy difícil en un ámbito tan condicionado por las circunstancias. Las expresiones subidas de tono, por ejemplo, son más tolerables en el fragor de una campaña electoral que en el marco de una entrevista en un diario. Decisivo será, pues, el contexto: no es lo mismo llamar co-

rrupta y subnormal a una Alcaldesa en un debate que hacerlo, como pasaba en el caso que concluyó con la STS de 4 de junio de 2001 en un acalorado pleno municipal que degeneró en discusión callejera. Parecidamente, las SSTS de 11 de octubre y 14 de noviembre de 2001 valoran el hecho de que las imputaciones se hicieran en el marco de sendas campañas electorales para deducir que puede estar justificada la crítica, por ofensiva que resulte. La STS de 12 de febrero de 2003 ha declarado que en un mitin político no es que haya libertad absoluta para criticar a las personas públicas, pero sí determinados excesos verbales que no constituyen intromisión ilegítima. Para referirse a un grupo político que hace constante oposición a la labor de un Alcalde, dijo la STS de 20 de febrero de 2003 que la expresión “moscas cojoneras” no es de buen gusto, pero solamente quiere indicar que el aludido actúa “como lo hacen estos parásitos de las caballerías, que, aposentadas en las superficies menos protegidas por la piel, de forma continua las molestan pero sin causar un daño irreparable”. Y la de 13 de junio de 2003 considera tolerable que un periodista utilice expresiones como “sectario, servil y experto en traiciones” si ello tiene lugar en medio de la acaloradísima contienda mediática que acompañó al cierre de Antena 3 Radio. Igualmente, en el ámbito deportivo, el que entre peñas rivales se usen expresiones como “personajillo” y “cursi” es tolerable, según se puede leer en la STS de 7 de julio de 2004. “Reptil” es término desacertado –dice otra sentencia de la misma fecha–, pero no necesariamente injurioso si con él se quiere describir la estrategia de un político experimentado y hábil a la hora de eludir situaciones complicadas.

Éste y otros varios aspectos merecen un juicio positivo y no hay nada que objetar. Lo malo es que esa misma relativización acaba proporcionando un margen al juzgador que termina siendo para

<sup>5</sup> Fue en una Mesa Redonda celebrada en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) el 12 de mayo de 2004, pero la idea se halla desarrollada en *Bromas y veras...*, loc. cit.

los lectores de jurisprudencia una auténtica caja de Pandora. Así, si nos detenemos en el marco de la difamación (artículo 7.7), parece evidente que la insidia y la vejación no pasan a ser lícitas por acompañar a una información veraz o por servir-se de ésta como soporte. Importa tanto lo que se dice como la manera de decirlo. Pero, claro está, el problema consistirá, ahora y siempre, en determinar cuándo hay propiamente lesividad, insidia o vejación, pues no hay nadie capaz de trazar una línea divisoria entre la ironía y el sarcasmo, ni entre el sarcasmo y el insulto. Bastante curiosa es la frontera diseñada por la STS 31 julio 1998, que parece querer cortar un pelo en el aire: que José María García llame al entonces Presidente del Real Madrid, Ramón Mendoza, “cantamañanas”, “desvergonzado”, “amoral completo”, “trasnochado mandamás”, “vejete”, “destartalado”, “presumido”, “relamido”, “presidente de pelo blanco y conciencia deportiva negra” sí supone vejación y menosprecio; pero llamarle “zaño”, “burdo”, “histérico”, “tonto de baba”, “faldero”, “inútil”, “torpe”, “desvergozado” y “vanidoso”..., eso ya son “calificativos aceptados socialmente y de uso común” (?). Y que llamar a alguien “lameculos” no sea algo que “entraña una conducta vejatoria y humillante” sino una “simple crítica de una actuación profesional” (STS de 6 de noviembre de 2000) parece como de chiste.

Y si nos introducimos en el ámbito de las obras de ficción, el contexto deja de ser un criterio para convertirse en un pretexto en manos del juzgador. Todo se complica cuando nos encontramos dentro del ámbito de las obras de ficción. Por ejemplo, en la SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2000 se afirma que los diálogos de una producción cinematográfica “no son siempre una manifestación de un sentimiento o juicio de quien los profiere, sino parte constitutiva de una trama cuya relevancia ha de ponerse en relación con el núcleo esencial de la obra”.

Hasta aquí, nada nuevo. Naturalmente, será importante el grado de paralelismo con algún hecho

real. La SAP de Alicante de 12 de junio de 2003 reconoce una vulneración del derecho al honor en una historia de ficción sobre la base de que “entre los personajes de los artículos y las demandantes existe una verdadera realidad identificativa y no una simple ficción como se pretende, ni mucho menos que cualquier parecido con la realidad sea pura coincidencia. (...) Son muchos los paralelismos que se coligen de la lectura de los artículos para concluir que detrás de esos artículos lo que existe es una verdadera crítica a la entidad (...) y a las personas que la rigen, acudiendo al recurso literario de la ficción como argucia para tratar de evitar las consecuencias legales del empleo de adjetivos calificativos que sobrepasan los límites de lo que es la libre expresión de opiniones respecto de los hechos narrados”.

Tampoco, pues, encontramos nada nuevo en estas afirmaciones. Lo malo es que a veces encontramos alguna sentencia esperpéntica, y del Tribunal Supremo, para la que la condición de la obra de ficción legitima todo o casi todo. Así, la STS de 12 de julio de 2004 considera lo que debe pasar si una novela de ficción dice que un conocido político (este sí que no era de ficción) tenía como fobias obsesivas “los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes”, o que “usaba taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes” que “solía calentar libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después funcionar con la suya como un gallo”. Y, directamente, lo que dice la sentencia es que “esas manifestaciones referentes a fobias y juegos eróticos no pueden ser consideradas objetivamente como atentatorias del honor”. Para llegar a tan estremecedora conclusión, la sentencia dice también que no nos encontramos ante un supuesto de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión o el derecho a la información veraz, sino que de lo que se trata es de considerar si ha existido auténtica intromisión: “no es un tema de colisión, sino de calificación” (?). Ello obliga –prosigue la sentencia– a considerar si las



expresiones tienen entidad suficiente para ser consideradas como intromisión ilegítima, para lo que “no basta la subjetiva y quizá suspicaz versión del interesado, sino que se debe combinar con un criterio más imparcial y objetivo”. Y es que “no cabe aislar un texto determinado del contexto en que se halle”.

Tratemos de aplicar el “test de la difamación” (¿hubo o no diligencia en la obtención de la información (la veracidad como requisito)? ¿había o no expresiones insultantes?) para descubrir lo que podríamos llamar “el pretexto del contexto”:

- 1º ¿Había veracidad? La sentencia dice que el párrafo en cuestión es “el texto que forma parte de una novela, el contexto, que se califica de relato novelado de unos hechos ficticios”. Ello invita a pensar que si el contexto es de ficción, pero en su interior aparece con nombre y apellidos un personaje real al que se denigra, entonces éste de nada se puede quejar.
- 2º ¿Había expresiones vejatorias? En el caso de esta sentencia, ese contexto que sirve para que el Supremo difumine tan groseramente la superficie del derecho protegido poco tiene que ver con el análisis que debe hacerse, pues parece con que el contexto sea de ficción para que todo valga: “el libro no relata acontecimientos históricos sino hechos de carácter exclusivamente ficticio, de tal manera que el lector es consciente en todo momento de que se trata de una novela debida exclusivamente al ingenio del redactor; la incorporación de personajes reales y la valoración que de ellos se realiza no deja de ser un mero juicio personal u opinión subjetiva del autor”. Y además –parece decir el Supremo–, que no se queje la deman-

dante, viuda de ése político del que se decían cosas tan simpáticas como las referidas arriba, pues en realidad, el novelista, “lejos de tratar humillar o escarnecer”, discurrió “desde el reconocimiento de la superior apreciación intelectual del afectado (capacidad de liderazgo, brillantez, Catedrático)”.

Personalmente, debo decir que yo, que también soy Catedrático, no vería muy bien (ni mi mujer tampoco) que un relato de ficción me mencionara con mi nombre y apellido para destacar mi capacidad de liderazgo o mi brillantez, si es que alguna cosa tuviera de lo uno o de lo otro, para a continuación hablar de cómo me dedicaba a restregar libidinosamente mi taparrabos de color rojo chorizo con las mujeres de mis amigos para después funcionar con la mía como un gallo. Para el Supremo, el contexto sería de ensalzamiento, y no de vejación, y estas últimas serían *cosillas* sin importancia, presentadas como “aspectos señaladamente contradictorios de las cualidades”. Nuevamente, el pretexto del contexto, pero ahora de un contexto que se aprecia al revés<sup>6</sup>.

#### 4.3. Consecuencia última de la confusión consistente en limitar la defensa del honor a la tutela resarcitoria

Termino estas líneas de balance enlazando con la razón que me llevó a elogiar el Auto del juez Del Olmo, y que no fue otra que la de la satisfacción que produce ver que a veces haya alguien que nos permita argumentar que la Ley del Honor es toda una ley de Derecho de la persona, y no una simple ley especial de responsabilidad civil.

El elenco de las acciones previstas en el art. 9.2º no ha sido correctamente entendido por nues-

<sup>6</sup> Hay una tercera parte del test anunciado, que consiste en examinar si hay atentado contra la intimidad, pues una información veraz y no insultante puede seguir siendo difamatoria en caso afirmativo. En nuestro caso, ¿había agresión a la intimidad? O si se prefiere, fuera o no veraz la historia del taparrabos y de lo que hacía con él el Catedrático, ¿es legítimo divulgarlo en una novela? Naturalmente que sí, contesta el Tribunal Supremo, pues el contexto es de ficción.

tros Tribunales, que deberían saber, por ejemplo, que no hace falta que exista daño ni ningún otro elemento o condición de la responsabilidad civil para que prospere una acción de cesación o una de abstención, al no ser propiamente acciones resarcitorias. Tribunales que tienden, en cuanto tienen ante sí una intromisión ilegítima, a traducirla en indemnización, sin caer en la cuenta de que las acciones de daños no pueden ser típicas acciones de defensa del derecho agredido. O que creen que, si no se concede la indemnización, tampoco corresponde “devolver” al agredido su derecho. Mal está que se tomen fotografías con teleobjetivo de una famosa actriz tomando el sol en *top-less* en una cala recoleta y escondida de la costa menorquina. Pero para contestar a la agresión no es necesario conceder indemnización a alguien que los restantes días del verano se exhibe con idéntico vestuario ante cientos de miles de turistas en la playa de El Arenal. Naturalmente que habrá intromisión ilegítima, pero si las acciones reivindicatoria, negatoria y declarativa de dominio son las acciones típicas de tutela del derecho de propiedad, estando sólo las de daños “a su servicio” (¿o es que el que reivindica un objeto está pidiendo que le paguen su valor?), lo mismo tendría que ocurrir con los derechos de la personalidad, que deben tener a las acciones de abstención y cesación como medidas de restauración, que inciden sobre el derecho agredido e impiden que persista la agresión; y a la difusión de la sentencia y al derecho de réplica-rectificación como medidas de resarcimiento específico. Y sólo cuando la restauración sea incompleta es cuando habrá que pensar en indemnizaciones<sup>7</sup>. Por eso resulta ejemplar que de

vez en cuando haya alguna sentencia que declare la existencia de intromisión ilegítima pero sin condena indemnizatoria, como la STS de 5 de mayo de 1988 o la STC 202/1999, de 8 de noviembre. Igualmente, la STS 18 noviembre 2002 trató de un caso en el que la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de marzo de 1997 había condenado al pago de una cantidad de 75 pesetas, pues, declarándose la existencia de intromisión ilegítima, no había quedado acreditada la producción de daño alguno, pero “debiendo fijarse una indemnización económica sin que existan perjuicios objetivamente valorables” (?), era necesario fijar una cantidad “de forma teórica” (?). Y entonces, el Supremo dice que, “como no es admisible que se fijen indemnizaciones (...) de forma teórica”, procede condenar al pago de dos mil euros. A mi me parece que si, como dice la sentencia, esta cantidad es la “adecuada al caso”, será porque había propiamente perjuicio y porque los criterios del art. 9.2º no son taxativos. Pero decir por un lado que no hay perjuicio y por otro, que si existe intromisión ilegítima, hay que dictar una sentencia que indemnice de verdad es ignorar nuevamente que en el ámbito de la Ley del Honor hay otros mecanismos distintos de los indemnizatorios.

En general, la tesis de que no hay que indemnizar si la información, objetivamente falsa, fue diligentemente contrastada (fue veraz, en suma, aunque no verdadera), sólo debería servir para precluir la existencia de intromisión ilegítima a *los solos efectos indemnizatorios*<sup>8</sup>, pero nada debería impedir que el perjudicado pudiera obtener un pronunciamiento que ordenara la difusión de la senten-

<sup>7</sup> Así, en la STS de 9 de mayo de 2003 se tiene en cuenta que la rectificación llevada a cabo por la publicación autora del atentado contra la propia imagen fue tardía, y por eso procedía la indemnización.

<sup>8</sup> Eso sólo quise decir, bien que sin matizarlo, en *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 494.

<sup>9</sup> Así, SALVADOR CODERCH, *Prevenir y castigar*, ed. Marcial Pons, Madrid, p. 40, y anteriormente en *El derecho de la libertad*, Madrid, 1993, pp. 74 y ss. Muy interesante el trabajo de PANTALEÓN, de nombre expresivo: *La Constitución, el honor y unos abrigos*, *La Ley*, 1996, t. III, pp. 1689 y ss. En él plantea el autor una interesante parábola: si el camarero del restaurante cambia de percha los abrigos (idénticos) de dos comensales y cada uno se lleva el abrigo del otro, no diremos que existe responsabilidad criminal por hurto, ni siquiera responsabilidad civil porque el que se llevó el abrigo que no le pertenecía se llevó también el documento que había en el bolsillo, provocando la imposibilidad de cerrar esa tarde un interesante negocio. Pero ¿dudará alguien de que el perjudicado pueda pedir que le devuelvan su abrigo? Pero como en España los abrigos merecen más respeto que el honor de las personas, el difamado por una información objetivamente falsa, como no puede exigir responsabilidad civil al periodista que fue diligente, tampoco puede pedir que le devuelva su honor.



cia, la declaración de falsedad y la condena a la cesación de la perturbación y a la abstención de intromisiones ulteriores<sup>9</sup>. Pero parece que la práctica judicial española ha *enganchado* irremediablemente el concepto de intromisión ilegítima a la indemnización de perjuicios. A ello ha contribuido, por lo demás, la general presunción de perjuicio que establece el art. 9.3º, que suele entenderse casi como equivalencia, más allá de lo que son propiamente las normas presuntivas<sup>10</sup>.

Y es que una información que, por mucho que el periodista haya actuado con rigor, escrúpulo y diligencia a la hora de contrastarla, acaba resultando objetivamente falsa, podrá salvarse de la condena indemnizatoria, pero no tiene por qué librarse de que el difamado haga valer los remedios inhibitorios (abstención y cesación), de retractación o rectificación y declarativos, con difusión de la sentencia. Como dice Salvador Coderch, cuando alguien sólo pide una *vindicación* de su honor, pero no una *indemnización*, debería bastar con que demostrara la falsedad de lo publicado por el diligente periodista<sup>11</sup>. La doctrina constitucional de la veracidad sólo debería significar que la de los periodistas no es una responsabilidad objetiva sino por culpa, pero no que el art. 20 de la Constitución suponga que, cuando las informaciones son veraces (diligentemente obtenidas) aunque objetivamente falsas, nada se puede hacer contra ellas. No lo entiende así la STS de 27 de mayo de 2000, entre otras.

En conclusión, resulta sobrecogedor que el balance de un cuarto de siglo de la Ley del Honor da por buena la afirmación que hace años leíamos a González Pérez: "Basta esa mínima diligencia por parte del informador para que sea lícita la divulgación de una noticia que destruya la reputación y la fama de una persona, aunque la noticia resulte

falsa, sin que quepa *la menor reacción en ningún orden judicial* (las cursivas son mías) frente al *diligente periodista*"<sup>12</sup>. Y no sólo es que la situación sea desoladora: es que carece del más mínimo rigor técnico-jurídico. La traducción al lenguaje de las acciones protectoras del derecho de propiedad nos llevaría a decidir que si alguien pretende que le devuelvan la finca que indebidamente posee otra persona, y pide también que le indemnicen por los daños causados en la finca, como no logre probar estos últimos, tampoco procederá que le devuelvan el inmueble, por más que haya logrado probar su justo título de dominio (!). Lo peor, en fin, que le podía haber ocurrido a la Ley del Honor es que quedara convertida simplemente en una más de las leyes que regulan responsabilidades civiles especiales, como varias veces he criticado a lo largo de estas páginas.

Pero, ya en otro orden de cosas, el confundir la protección del honor y la intimidad con la responsabilidad civil tiene a veces un efecto absolutamente devastador. Se comprueba fácilmente leyendo la STS de 18 de junio de 1993. Las fotografías que el Ministerio del Interior había difundido como correspondientes al terrorista de E.T.A. (ahora arrepentido) Juan Manuel Soares Gamboa, en realidad eran fotos de su hermano Francisco Javier. El propio Ministro del Interior reconoció el error ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, y hubo incluso dimisiones de altos funcionarios. Francisco Javier Soares formuló demanda incidental sobre protección al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen contra el que en aquel momento era Director General de la Seguridad del Estado, Julián Sancristóbal, contra el Secretario de Estado para la Seguridad, Rafael Vera, y contra la Administración del Estado. Desestimada la demanda en Primera Instancia, la Audiencia condenó a los

<sup>10</sup> Así, para un tema de libertad sindical, la STS (Sala 4ª) de 28 de febrero de 2000.

<sup>11</sup> SALVADOR CODERCH, en C.C.J.C., nº 30, pp. 763 y ss.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, 1993, p. 54.



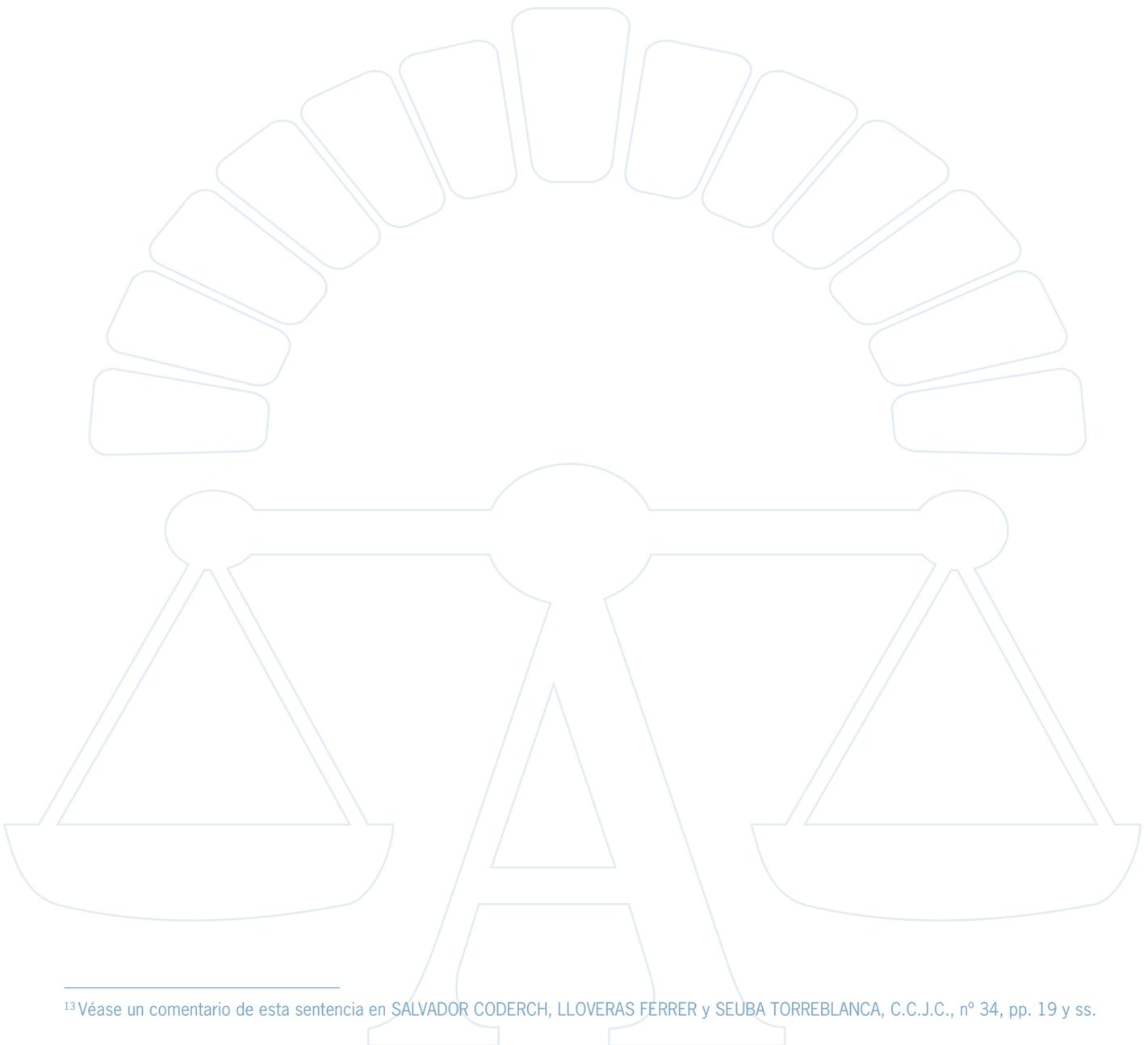
La portada de la discordia.



demandados al pago de tres millones de pesetas y a difundir el contenido del encabezamiento y el fallo de la resolución. Pero el Tribunal Supremo decidió revocar la sentencia, declarando que, como no se trataba de otra cosa que de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, la competencia no pertenecía al orden jurisdiccional civil, sino al contencioso-administrativo.

Realmente lamentable<sup>13</sup>. El que la Ley del Honor incluya medidas indemnizatorias entre los mecanismos de protección de los derechos fundamentales

protegidos no significa que la protección integral de los mismos se coloree de responsabilidad civil. Y deducir que, como de la responsabilidad de la Administración se han de ocupar los jueces de lo contencioso-administrativo, entonces no cabe recurrir al procedimiento judicial previsto en el art. 53.2 C.E. y regulado en los arts. 11 a 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (ahora ya derogados por la Disposición Derogatoria única 2.3º de la LECiv.), es algo más que un error: es una completa barbaridad.



<sup>13</sup>Véase un comentario de esta sentencia en SALVADOR CODERCH, LLOVERAS FERRER y SEUBA TORREBLANCA, C.C.J.C., nº 34, pp. 19 y ss.