



La subjetivación del tipo de injusto del delito de calumnias

M.^a Viviana Caruso Fontán

Becaria de Investigación
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. El concepto de honor en la doctrina penal. II. El delito de calumnias como imputación falsa de un delito. III. La verdad subjetiva en la jurisprudencia anglosajona. IV. La regulación del delito de calumnias en el nuevo Código Penal. V. La calumnia, ¿delito de lesión o de peligro? VI. Solución que se propone.

I. El concepto de honor en la doctrina penal

El derecho al honor fue hasta una época muy reciente un patrimonio que la sociedad reservaba casi con exclusividad a la clase aristocrática, para la cual primaba ante todo la apariencia de un respeto merecido¹. De acuerdo con este criterio social², el Código Penal español regulaba conductas tales como el rapto o el infanticidio, donde lo importante era lograr la protección de la honra del buen padre de familia³.

El criterio fáctico que tradicionalmente determinó el contenido del bien jurídico honor, ha girado en torno a dos acepciones tradicionales, una objetiva y otra subjetiva⁴. La primera de ellas abogaba por la protección de la fama o estimación que el sujeto se granjeara en su entorno, y llevaba al inconveniente anteriormente señalado en cuan-

to que reservaba el privilegio de gozar de este derecho sólo para unos pocos. En lo que respecta a la acepción subjetiva, la misma se manifestaba en la autoestima o la propia valoración que el sujeto tiene acerca del respeto que su persona merece. Este criterio, en orden a delimitar el contenido del honor, tiene inconvenientes que pueden percibirse muy fácilmente. Así, proteger la autoestima obligaría a reconocer el derecho a salvaguardar las falsas expectativas que un sujeto pueda tener sobre su propia estima, y a desamparar a aquellos que no tengan confianza en su propia valía⁵. Ello supondría una injustificada subjetivación del objeto de protección y colmaría de nimiedades el normal desarrollo de la actividad de la justicia penal⁶.

Ambas concepciones son superadas cuando, en 1978, la Constitución española consagra expresa-

1. La gran dificultad en la concreción del bien jurídico honor se debe al hecho de que se trata de un concepto prejurídico y que, por tanto, está muy influido por las circunstancias personales y ambientales en las que se desenvuelve, el cual se modifica con el paso del tiempo de acuerdo a las ideas vigentes en cada momento en la sociedad. HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1990, pág. 73.

2. "Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, que encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría jurídica conocida de conceptos jurídicos indeterminados", STC 185/1989, STC 223/1992, STC 139/1995.

3. Históricamente los conceptos de honra y honor han sido equiparados como cualidades adecuadas a la significación social del individuo. ROMERO COLOMA, A. M.: "Libertad de expresión y delito de injurias", en *Actualidad Penal*, Madrid, 1994, pág. 536.

4. Al respecto ampliamente: SAINZ CANTERO, J. A.: "El contenido sustancial del delito de injurias", en *Anuario de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 1958, pág. 96.

5. Ampliamente al respecto: ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, 1988, pág. 25.

6. CARMONA SALGADO, C. en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español*, Madrid, 2000, pág. 326. En el mismo sentido se expresa Moretón Toquero, quien sostiene que de acuerdo a esta concepción la determinación de lo que era honor y por tanto la existencia o no de vulneración del mismo, quedaba a merced del propio sentimiento personal. MORETÓN TOQUERO, M. A.: *Delitos contra el honor: la calumnia*, Barcelona, 2001, pág. 8.

mente el principio de igualdad ante la Ley en su artículo 14, vedando así cualquier posible discriminación. Como señala GARCÍA-PABLOS, la declaración constitucional aplicada al ámbito del honor significó una clara democratización o socialización de este bien jurídico, evidentemente incompatible con concepciones aristocráticas o meritocráticas que derivan el honor de particulares cualidades valiosas de algunos sujetos⁷. De acuerdo a ello, se desarrollaron distintas teorías que analizaban el derecho al honor desde un punto de vista normativo y que si bien presentaban diferencias en cuanto a su configuración, coincidían en que el eje central de este derecho gira en torno al concepto de dignidad de la persona.

Dentro de las concepciones normativas se pueden destacar dos líneas argumentales. En primer término, una concepción intermedia que introduce dentro del concepto normativo correcciones propias del criterio fáctico. Así, BERDUGO sostiene que el honor en cuanto emanación de la personalidad será igual para todos los individuos, pero al tratarse de una derivación del componente dinámico de la dignidad, es decir, del libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en la sociedad⁸. En la misma

línea se pronuncia ALONSO ÁLAMO, quien sostiene que si bien ninguna persona puede carecer de honor, este derecho puede disminuir cuando el propio comportamiento del afectado le hace merecedor de un nivel inferior de protección en función de criterios éticos sociales, ya que la protección se extiende a la consideración social merecida⁹. La crítica más importante que se formula a estas teorías sostiene que si bien constituyen a la dignidad en fundamento del honor, determinan su contenido de acuerdo a criterios variables según las características propias de cada individuo, lo que resulta incompatible con el fundamento igualitario otorgado a este derecho¹⁰.

Frente a esta postura se desarrolla la denominada concepción normativo-valorativa, bajo cuyo prisma se analizará en este trabajo, el tipo de injusto del delito de calumnias. Según esta teoría, el honor es un derecho fundamental y expresión del libre desarrollo de la personalidad que, a su vez, es contenido material de la dignidad¹¹. Así, el honor, al igual que otros derechos fundamentales, se halla en una posición de inmediatez respecto a la dignidad¹²; por lo que constituye, en consecuencia, junto con estos derechos, una garantía dinámica e inmediata del principio de dignidad humana debido a su carácter de inviolabilidad¹³.

7. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en *Libertad de expresión y Derecho penal*, Madrid, 1985, pág. 215. También en este sentido: LANDROVE DÍAZ, G.: "Protección del honor y Derecho penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1990, pág. 213. POZA CISNEROS, M.: "Agresiones penales al honor y a la intimidad", en *Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1994, pág. 156.

8. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Revisión del contenido del bien jurídico honor", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1984, pág. 313. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987, pág. 56. También en este sentido se pronuncia Bernal del Castillo quien entiende que los conceptos de fama y propia estimación son inevitables en la configuración de los delitos contra el honor por la propia naturaleza valorativa del bien jurídico. BERNAL DEL CASTILLO, J.: "El delito de injurias", en *La Ley*, Madrid, 1996, pág. 1436.

9. ALONSO ÁLAMO, M.: "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, 1983, pág. 142.

10. VIVES ANTÓN, T. S.: "Libertad de expresión y derecho al honor", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 245.

11. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Valencia, 1999, pág. 42. Carmona Salgado además de aceptar esta concepción de honor resalta su carácter personalista. CARMONA SALGADO, C.: "El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1990, pág. 264. CARMONA SALGADO, C.: "Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1992, pág. 575.

12. Frente a esta postura, VIVES ANTÓN, ateniéndose a una concepción estrictamente jurídica sostiene que si bien la lesión de los derechos fundamentales conlleva una lesión mediata de la dignidad de la persona, el papel que desempeña el derecho fundamental al honor es el de otorgar tutela a la dignidad misma, de modo general y abstracto, por lo que los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona, en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama. Así concebido el honor presenta dos aspectos, uno interno que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona y uno externo, en el que se concreta el anterior y que esta constituido por el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo. VIVES ANTÓN, T. en VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J. y otros: *Derecho penal Parte Especial*, Valencia, 1999, pág. 310. En el mismo sentido: CARBONELL MATEU, J. C.: "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal", en *La libertad de expresión y el Derecho penal*, Madrid, 1993, pág. 120. Lo que se critica a VIVES es que al requerir una determinación circunstancial de los ataques a la dignidad recurre a consideraciones fácticas haciéndose merecedor de las mismas críticas que las concepciones intermedias normativo-fácticas. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho al honor...*, ob. cit., pág. 41.

13. QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. en: QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Navarra, 2001, pág. 358.

Configurado de esta forma, el derecho al honor será igual para todos y se traducirá en el derecho a la diferencia en cuanto se halla articulado por los derechos de libertad y pluralismo¹⁴.

El derecho al honor se manifestará en dos dimensiones, una interna, constituida por las pretensiones mínimas de respeto que corresponden a la persona por el mero hecho de serlo y, una dimensión externa, determinada por las posibilidades de participación de los individuos en las relaciones sociales. Esta última requerirá la salvaguarda del ordenamiento frente a las alteraciones que pudieran derivarse de la conducta de terceros¹⁵.

De acuerdo con lo expresado, y en lo que respecta al delito de calumnias, el bien jurídico honor sólo se verá lesionado frente a manifestaciones inveraces; ello no indica, como sugiere parte de la doctrina, que el concepto de honor mantenido por el Código Penal sea un concepto fáctico mixto (objetivo-subjetivo) por depender su protección del comportamiento del afectado¹⁶, sino que,

por el contrario, sólo frente a estas manifestaciones inveraces las posibilidades de participación del individuo en las relaciones sociales estarán necesitadas de protección¹⁷. No parece correcta la idea de que "se tiene derecho a no ser desacreditado o difamado siempre y cuando no se cometan delitos"¹⁸; el honor de la persona no desaparece porque ésta haya delinuido, sólo que frente a la imputación de ese delito en concreto no se verá afectado¹⁹.

II. El delito de calumnias como imputación falsa de un delito

Lejos de ser pacífica, la interpretación del delito de calumnias siempre ha sido objeto de discusiones doctrinales. La razón de ello es muy sencilla y radica en que la aplicación de este tipo obliga a realizar una ponderación de dos derechos fundamentales: el honor y la libertad de expresión²⁰. Es una consecuencia inevitable que

14. Manifestándose en este sentido MORALES PRATS indica "la articulación normativo-institucional de los valores libertad y pluralismo con el conjunto de derechos y libertades constitucionales, a través del principio de dignidad humana, permite afirmar que aquéllos se hallan en el vértice superior del ordenamiento y que, por tanto, constituyen —junto con el principio de igualdad— la forma del sistema jurídico. MORALES PRATS, F.: "La adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1988, pág. 701. También publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 200.

15. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho al honor...*, ob. cit., pág. 43.

16. JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pág. 155.

17. En el mismo sentido, pero respecto al delito de injurias, RODRÍGUEZ MOURULLO pone de manifiesto que si bien el Código Penal parece seguir otorgando al concepto fáctico de honor un papel importante debido a la utilización de los términos "fama" y "propia estimación" se impone una interpretación de la fama y de la autoestima en términos normativo-constitucionales, desde la perspectiva integrada de los valores de la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad y el pluralismo que conduzca a entender que la fama penalmente protegida es la realmente merecida y la autoestima la basada en valores individuales reales. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y BARREIRO, A. J. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pág. 611.

18. JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 155.

19. Por lo expresado, no compartimos la opinión de RODRÍGUEZ GARCÍA cuando manifiesta que la referencia que el Código Penal realiza acerca del honor se agota en el recurso al honor como expediente para poner título, para poner rúbrica, para poner una etiqueta, a una categoría de delitos que allí se regulan, y que abarca los delitos de calumnias e injurias. RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: "La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica. Comentario Jurídico a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1989", en *Actualidad Civil*, Madrid, 1990, pág. 479. Lejos de ser cierta esta afirmación veremos como el legislador ha tratado de adaptar la legislación a las necesidades de protección del bien jurídico honor.

20. Antes de comenzar a plantear el conflicto que se presenta entre la libertad de información y el derecho al honor es necesario aclarar los conceptos en lo que respecta a la libertad de información y expresión. La relación que se plantea entre ambos conceptos es de género a especie, así la libertad de expresión es la posibilidad de la que gozan los individuos de realizar manifestaciones que pueden ir referidas tanto a hechos acaecidos como a valoraciones propias del interlocutor. Dentro de este concepto se distingue el derecho a la información cuya característica fundamental es que su contenido es susceptible de comprobación real, por lo que estará referida a noticias de acontecimientos o bien, a hechos en general. Así el derecho a la información se determina como un ámbito del derecho a la expresión cuya verdad objetiva o subjetiva es susceptible de contraste. Por todos: CARBONELL MATEU, J. C.: "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1995, pág. 11. A partir de ello, es fácil comprobar que el ámbito propio del delito de calumnias coincide con el del derecho a la información, ya que en todo caso las manifestaciones del autor deberán ir referidas sobre hechos que, además, son constitutivos de delito. No sucede lo mismo en el caso del delito de injurias, donde la confrontación podrá darse tanto en el ámbito del derecho a la información como en el de la expresión de valores. En el presente estudio será lícita la utilización de ambos términos. Respecto a la conveniencia de abordar el tratamiento de estos derechos de forma conjunta o separada: CABELLO MOHEDANO, F. A.: "El artículo 20.1 de la Constitución: ¿Una nueva configuración de la *exceptio veritatis*?", en *Poder Judicial*, Madrid, 1987, pág. 37.

todo intento de brindar una mayor protección al derecho al honor produce una limitación del derecho a expresarse, y lo mismo sucede en el sentido contrario, por lo que la cuestión se centra en tratar de encontrar un punto de equilibrio, tarea que no se presenta desde el inicio como una labor fácil²¹.

Esta premisa resulta especialmente importante para entender los problemas que planteaba la redacción del delito de calumnias en el Código Penal de 1973. El artículo 453 indicaba: "Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio". Aparentemente, no existían graves dificultades en la interpretación del tipo. Así, la imputación de un delito (de los que dan lugar a un procedimiento de oficio) y la falsedad de esa imputación, es decir, la contradicción del contenido de esa imputación con la realidad²², se presentaban como los elementos objetivos del tipo. Con ello, la figura de la *exceptio veritatis* se constituía como una causa de exclusión de la tipicidad, ya que la verdad de lo afirmado contradice el elemento falsedad del tipo y por lo tanto lo excluye²³.

A partir de este punto y considerando la opinión mayoritaria de la doctrina, para que una conducta pudiera considerarse dolosa resultaba imprescindible que estos elementos objetivos del tipo fueran abarcados por el dolo. Ello implicaba necesariamente que el autor de la calumnia debía saber que la imputación que estaba realizando era falsa y no obstante llevarla a cabo²⁴. Semejante interpretación comportaba una desprotección del honor importante, ya que resultaba inevitable que cualquier alegación del autor en el sentido de desconocer la falsedad de la imputación, fuera catalogada como error de tipo evitable, lo que excluía la responsabilidad a título de dolo; en lo que respecta a la responsabilidad a título de culpa, la doctrina era reacia a admitir esta posibilidad, lo que determinaba la impunidad de todos estos supuestos²⁵. La situación empeoraba si consideramos que la mayor parte de la doctrina estaba de acuerdo en exigir, además, la existencia de un elemento subjetivo implícito denominado *animus iniurandi o infamandi*, que se manifestaba como una especial intención de difamar²⁶.

21. Al ser el derecho al honor y la libertad de información dos fuerzas contrarias y de la misma intensidad no se podrá establecer preferencia alguna sino que será necesario resolver los conflictos que se produzcan de acuerdo casuística ponderación. ROGEL VIDE, C.: "El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, Madrid, 1991, pág. 91. Contra esta opinión, LUZÓN PEÑA entiende preferible la solución de que sea la propia Ley la que haga la ponderación de intereses y marque con precisión los límites o excepciones a la prevalencia de un derecho sobre otro. LUZÓN PEÑA, D. M.: "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 210.

22. Esta circunstancia se dará cuando el hecho imputado no constituyera delito o cuando la persona acusada no hubiera intervenido en su perpetración. CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal. Parte Especial*, vol. II, Barcelona, 1980, pág. 684.

23. CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 1993, pág. 371.

24. En este sentido: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Sevilla, 1976, pág. 95

25. Al respecto, Vives Antón la ausencia de límites tanto jurídicos como sociales que caracterizan el ejercicio de las libertades de expresión e información. La carencia de límites jurídicos se debe a las circunstancias que nos encontramos analizando y que tienen su origen en la ausencia de límites sociales derivado de la importancia que han adquirido los medios de comunicación de masas que, de quedar confinados a las diversas élites sociales que podían acceder a ellos, han pasado a dirigirse a todo el mundo en todas partes. En opinión del autor esta ausencia de límites lejos de reforzar estos derechos, los ha desnaturalizado y colocado al borde del colapso. Una de las causas de esta situación es que los productos de la prensa han pasado a ser mercancías al someterse la comunicación a las reglas del mercado capitalista. Por otra parte el levantamiento de los límites por parte del derecho sólo contribuye a la distorsión de la información y la consecuente estigmatización de las opiniones más débiles. VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pág. 404.

26. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 95. El autor entiende que la solución de este punto radica en la decisión de considerar a la calumnia como un delito contra el honor o como un delito contra los intereses de la justicia y al decidirse por la primera opción considera que deberá exigirse una especial intención que se constituye como el ánimo de deshonorar. Esta exigencia era compartida por el delito de calumnias y el de injurias respecto del cual la doctrina también discutía si aún dándose todos los elementos del delito pudiera no darse la intención de injuriar. Al respecto ver: QUERALT, J. J.: "Animus iniurandi e injurias", en *La Ley*, Madrid, 1989, pág. 984. BERNAL DEL CASTILLO, J.: "El delito de injurias", ob. cit., pág. 1436. QUINTANAR, M.: "Una extraña valoración judicial del animus iniurandi en el delito de injurias", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1993, pág. 937. DEL ROSAL, J.: "De las injurias", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1953, pág. 87. DEL MORAL GARCÍA, A.: "Algunos aspectos sustantivos y procesales de los delitos de injuria y calumnia", en *Libertad de expresión y el Derecho penal*, Madrid, 1993, pág. 166. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: "Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del animus iniurandi en el delito de injurias", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1994, pág. 141. CABELLO MOHEDANO, F. A.: "Injurias", en *La Ley*, Madrid, 1985, pág. 545.

1. El derecho a la información como causa de justificación

Esta situación llevó a parte de la doctrina a considerar que un problema de esta relevancia, en el que están implicados dos derechos fundamentales como son el derecho a la expresión y el derecho al honor, no debía resolverse en sede de tipicidad sino que, por el contrario, el juicio de antijuricidad resultaba ser el momento adecuado para dirimir esta controversia²⁷. En este sentido, se expresa JAÉN VALLEJO, quien entiende que la consideración de la falsedad como un elemento objetivo del tipo impide la aplicación de causas de justificación y lleva a soluciones inaceptables, ya que al no ser posible que una causa de justificación pueda autorizar la falsa imputación dolosa, el problema quedaría reducido a la comprobación del dolo, siendo invariable que el tipo subjetivo sea el lugar adecuado para decidir —por sí sólo— la responsa-

bilidad penal del autor en los delitos contra el honor; ello supondría una minimización del conflicto entre las libertades de expresión e información, y el derecho al honor²⁸.

Así, la doctrina planteó la posibilidad de que el derecho a la información permitiera la justificación de la conducta típica a través del ejercicio legítimo de un derecho²⁹. Ahora bien, al no ser posible justificar la conducta de quien imputa un delito conociendo su falsedad, como manifestara JAÉN VALLEJO³⁰, los autores decidieron excluir este elemento del necesario conocimiento del autor. De esta manera, el dolo consistiría en saber que se imputan hechos delictivos, sin abarcar la falsedad, que no formaría parte del tipo penal³¹. Esta opción requería, en sede de antijuricidad, de un doble examen, por un lado, la comprobación positiva de la verdad de las afirmaciones, y en caso de fallar ésta, la comprobación negativa de la antijuricidad a través del

27. En este sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1991, pág. 246. Contra esta opinión se manifiesta BUSTOS RAMÍREZ quien entiende que el derecho a la información no puede constituir delito de calumnias ya que significaría una intolerable limitación a este derecho por lo que no se trata de un problema de antijuricidad sino de tipicidad al no poderse prohibir informar sobre hechos sucedidos. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, pág. 172. Esta opinión reviste una visión simplista del problema a tratar, ya que es muy claro que cuando se trate de informar sobre hechos ciertos teniendo el autor conciencia de este extremo la conducta resultará atípica. El problema surge en determinar en qué medida la verdad objetiva es indispensable para eliminar la tipicidad y que grado de certidumbre sobre esa verdad es exigido al agente.

28. JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pág. 238.

29. Al respecto MORALES PRATS ha propuesto un novedoso razonamiento que sugiere que con anterioridad a plantear el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor en sede de antijuricidad es necesario tomar en cuenta una cuestión previa, cual es la posible atipicidad de conductas que, en el ejercicio del derecho de información pudieran aparentar tipicidad sólo descriptiva y formal. El mencionado autor pone el acento de su planteamiento en relación a la interpretación del delito de injurias por lo que nos limitaremos a mencionar sus líneas fundamentales. La teoría de la adecuación social pretende excluir de la tipicidad aquellos comportamientos adecuados socialmente, pero que, sin embargo, coinciden formalmente con los descriptos en tipos penales. Entre los ejemplos más habituales suelen mencionarse las lesiones corporales poco significativas. Es necesario mencionar que esta teoría ha tenido escasa recepción en la doctrina por comportar grandes cuotas de inseguridad jurídica. Al respecto ver: JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 222. En el caso de los delitos contra el honor, MORALES PRATS, considera que la teoría de la adecuación social puede fundamentar la atipicidad de conductas pretendidamente atentatorias contra el honor cuando en las mismas se constate que en el ejercicio de la libertad informativa o de expresión, además se hallen en juego de forma inequívoca los valores superiores relativos a la libertad y el pluralismo. En su opinión podrá afirmarse la tipicidad de la conducta por ser adecuada socialmente y no lesionar el honor cuando el sujeto haya cumplido con los deberes de comprobación aunque no exprese una información objetivamente inveraz y siempre y cuando, el ejercicio de aquellas libertades "aparezca vinculado de forma inmediata e inequívoca con los principios democráticos y los valores superiores relativos al pluralismo y la libertad". MORALES PRATS, F.: "Adecuación social...", ob. cit., pág. 663. En el mismo sentido se expresa QUINTERO OLIVARES, G.: "La intervención del Derecho penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones", en *Poder Judicial*, n. 13, Madrid, 1990, pág. 65.

30. A pesar de considerar que la falsedad de la imputación corresponde a la tipicidad algunos autores tales como CARMONA SALGADO, aceptan sin problemas la posibilidad de que el derecho a la información actúe como justificante mediante el legítimo ejercicio de un derecho. CARMONA SALGADO, C.: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, 1991, pág. 205.

31. Al respecto JAÉN VALLEJO asume una posible crítica a esta teoría que resultaría al considerar que la realización de un tipo penal de calumnias en el que este ausente la falsedad no revela aún la lesión de un concepto de honor personal con lo cual no se cumpliría la función indiciaria de la antijuricidad que es característica de la tipicidad. Pero el autor considera que esta crítica puede ser salvada considerando que en este delito la tipicidad no será indiciaria de la antijuricidad por lo que no se podrá afirmar la infracción hasta que no se verifique la no veracidad del hecho imputado a otro por tratarse de un tipo penal abierto en el que la subsunción positiva del hecho bajo el tipo penal y la subsunción negativa respecto a las causas de justificación no es aún suficiente para afirmar la antijuricidad y consecuentemente el ilícito penal. Jaén Vallejo, M.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 242.

ejercicio de la libertad de información como causa de justificación³².

En este punto resulta necesario aclarar cuáles son los límites internos que la elaboración doctrinal ha determinado para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, se presenta el requisito de la veracidad de los hechos, luego la exclusión de las injurias absolutas o formales y, en tercer término, la determinación del ámbito del derecho a la crítica.

En lo que respecta al requisito de la veracidad, es opinión unánime que el derecho a la información no puede servir para justificar la manifestación de hechos que abiertamente no se correspondan con la realidad, pero también es cierto que la exigencia de una absoluta correspondencia de estas expresiones con la realidad provocaría una limitación exagerada del derecho a informar, requiriendo una escrupulosa comprobación que en muchos casos resulta de imposible realización³³.

Esta circunstancia ha llevado a la doctrina al convencimiento de que el factor decisivo será la diligencia que el informador haya desarrollado en la comprobación de los hechos que manifiesta, con lo que la exigencia de veracidad de las imputaciones se erigirá como un concepto subjetivo. Así, la diligente actividad encaminada a la comprobación de la imputación se convertirá en el principal elemento para obtener la justificación de la conducta³⁴. La consecuencia

que puede derivarse de esta afirmación es que pueden resultar merecedoras de protección afirmaciones que *ex post* resultaron erróneas, siempre y cuando el informador hubiera observado un deber de diligencia a efectos de asegurarse de que lo que trasmite es sustancialmente veraz³⁵.

Por otro lado, en lo que respecta a la exclusión de las injurias formales o absolutas, este requisito indica la necesidad de dejar fuera de toda justificación a aquellas conductas que no respeten el contenido esencial de la dignidad de la persona, debido a que en ellas se materializa un desprecio por la personalidad ajena que, en principio, resulta por sí mismo digno de castigo³⁶.

En cuanto a la necesidad de delimitar el ámbito de actuación del derecho a la información, es imprescindible tener en cuenta que éste no podrá adentrarse en hechos o circunstancias pertenecientes a la esfera de la intimidad, quedando relegado a los actos de la vida pública. Consecuencia de ello es que el derecho al honor de los personajes públicos se encuentra recortado en mayor medida que el de los demás ciudadanos³⁷; así, cuando una persona se incorpora a la arena pública lo hace mediante un acto, normalmente voluntario, en el que debe ir implícita la aceptación de someterse a un escrutinio más directo y estrecho de los medios de comunicación, transformándose el honor en un límite del derecho a la información más débil que cuando se enfrenta a informaciones re-

32. JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 277.

33. En este sentido MUÑOZ MACHADO manifiesta que exigir a los periodistas un absoluto contraste de la veracidad de toda la información que reciben y transmiten no implicaría una ilegal limitación a la libertad de expresión, sino la muerte misma de la información. MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1987, pág. 32. En el mismo sentido se expresa CARMONA SALGADO, C.: *Libertad de expresión...*, ob. cit., pág. 168. Al respecto, la mayor parte de la doctrina trae a colación unas palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 6/1988, de 21 de enero que manifiestan: "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".

34. Al respecto: TAPIA PARREÑO, J. J.: "libertad de expresión y derecho al honor. Conflictos entre ambos derechos en el ámbito penal", en *La libertad de expresión y el Derecho penal*, Madrid, 1993, pág. 265. RUIZ VADILLO, E.: "Algunas anotaciones sobre la información periodística en los derechos penal y civil de España y sus límites", en *Revista General de Derecho*, Valencia, 1997, pág. 394. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de enero de 1996 indica: "la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente la información".

35. MATELANES RODRÍGUEZ, N.: "Límites a la libertad de expresión", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., FABIÁN CHAPARRÓS, E. A., y otros (coord.): *Conflicto Social y Sistema penal (Diez estudios sobre la actual reforma)*, Madrid, 1996, pág. 178. En el mismo sentido: VIVES ANTÓN, T. S.: "La libertad de expresión e información: límites penales", en *El derecho a la información. Teoría y práctica*, Madrid, pág. 110. BUENO ARÚS, F.: "Libertad de expresión y administración de justicia", en *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial*, Madrid, 1996, pág. 212. JAÉN VALLEJO, M.: "La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 181. Bacigalupo, E.: "Colisión de derechos fundamentales y justificación en delito de injuria", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1987, pág. 23. MARTÍNEZ ARRIETA, A.: "Tutela penal de la libertad de expresión", en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte Especial*, Madrid, 1996, pág. 193.

36. VIVES ANTÓN, T. S.: "Libertad de expresión...", ob. cit., pág. 258.

37. Al respecto: VIVES ANTÓN, T. S.: "Libertad de expresión...", ob. cit., pág. 258.

ferentes a personas privadas³⁸. En lo que respecta al delito de calumnias, entiendo que este límite del derecho a la información no produce alteraciones en cuanto a su posible utilización como justificante, ya que el interés por el descubrimiento y castigo de hechos delictivos provoca que estos asuntos formen parte de una materia de interés público³⁹.

2. La concepción subjetiva del concepto de verdad

Frente a la postura que opta por dirimir el conflicto en sede de justificación se manifiesta Vives Antón, quien presenta otra opción para solucionar los problemas derivados de una interpretación gramatical del delito de calumnias. El mencionado autor sostiene que cuando el legislador hace referencia a la necesidad de que la imputación sea falsa para que el hecho sea típico, no está haciendo alusión a un concepto objetivo que requiera exclusivamente una adecuación de lo dicho a la realidad, en cuanto se trata de un concepto que debe ser interpretado de forma subjetiva. A su parecer, a diferencia de la postura desarrollada anteriormente, la falsedad es un elemento del tipo que no se desvirtúa por la comprobación de la correspondencia de los dichos con la realidad, sino mediante la comprobación de una diligente actividad del autor tendiente a verificar la veracidad de los hechos que imputa.

A pesar de ello, el autor aseguraba la necesidad de que estuviera presente el requisito del *animus iniurandi*, aunque a diferencia de la mayor parte de la doctrina, no lo interpretaba como un objetivo último de la voluntad, sino que a su parecer bastaba con el conocimiento del carácter lesivo para el honor de las manifestaciones y la asunción de las consecuencias dañosas para el bien jurídico

que pudieran resultar de la imputación⁴⁰. Este requisito, podría resultar contradictorio con la voluntad de considerar típica la conducta tanto en los casos en que el agente conoció la falsedad como en aquellos en los que simplemente, no fue diligente en sus averiguaciones; entendemos, sin embargo, que el autor se refería a que el sujeto activo que no conocía la falsedad pero que como tampoco fue diligente, debió ser consciente, en alguna medida, de los daños que podría acarrear su manifestación en caso de que ésta resultara ser falsa.

La principal consecuencia de la opción interpretativa adoptada por VIVES, era la de considerar a la figura de la *exceptio veritatis* como una causa de exención de la pena de naturaleza objetiva, cuyo objeto no era otro que excluir la punibilidad en aquellos casos en los que, a pesar de que el autor actuara con el convencimiento de que sus manifestaciones eran falsas, éstas fueran en realidad verdaderas. Para reforzar esta idea VIVES argumentaba que no es posible excluir la tipicidad de la conducta en razón de un hecho futuro e incierto como es la producción en juicio de las pruebas suficientes de la verdad de la imputación como para lograr la convicción del Tribunal⁴¹. Esta opinión fue contestada por CARBONELL MATEU para quien no se trata de que este hecho futuro e incierto y de naturaleza procesal que es la *exceptio veritatis* se constituya como una causa de atipicidad, sino que por el contrario se trata de una forma de demostrar la atipicidad de la conducta cuando se pruebe que la imputación ha sido veraz⁴². Así, el mencionado autor niega que la introducción del requisito de la verdad subjetiva tenga que traer aparejado que la verdad objetiva deje de ser elemento del tipo, ya que ello llevaría a la solución, en su opinión insatisfactoria, de que las imputaciones objetivamente verdaderas pero subjetivamente falsas resultarían típicas. De acuerdo a lo dicho,

38. MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa...*, ob. cit., pág. 153. El autor aclara que en estos casos el derecho a la información se refuerza con otros valores constitucionales como la democracia y el pluralismo, que son capaces todos juntos de situarse en una situación preferente respecto del derecho al honor.

39. Esta circunstancia era aún más evidente con la legislación que analizamos en este epígrafe por cuanto sólo restringía la aplicación del delito de calumnias a aquellas imputaciones referentes a delitos de los que "dieran lugar a procedimiento de oficio".

40. VIVES ANTÓN, T. S.: "Libertad de expresión...", ob. cit., pág. 263. En el mismo sentido: CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Manual de Derecho Penal...*, ob. cit., pág. 378. CASTIÑEIRA PALOU, M. T.: "Ánimo de injuriar, exceptio veritatis y libertad de expresión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1989", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pág. 691. El citado autor pone de manifiesto que la existencia de un ánimo de injuriar diferenciado del dolo llevaba a la consecuencia práctica rechazable de que los tribunales presumieran la existencia del ánimo de injuriar e invirtieran la carga de la prueba, ya que la presunción sólo se destruye si el acusado de injuria o calumnia demuestra que tal ánimo no existió. En el mismo sentido: DEL MORAL GARCÍA, A.: "Algunos aspectos sustantivos y procesales de los delitos de injuria y calumnia", en *La libertad de expresión y el Derecho penal*, Madrid, 1993, pág. 174.

41. VIVES ANTÓN, T. S.: "Libertad de expresión...", ob. cit., pág. 260.

42. CARBONELL MATEU, J. C.: "Las libertades de información...", ob. cit., pág. 33.

CARBONELL MATEU entiende que la tipicidad de la calumnia requería tanto la concurrencia de la falsedad objetiva como de la subjetiva⁴³.

Todo lo expuesto en este punto nos permite comprender que la rigidez del Código Penal de 1973, al considerar a la verdad objetiva como único elemento caracterizador del delito de calumnia, conducía a que una vez aplicados los principios de la Parte General del Derecho penal, se exigieran unos requisitos subjetivos tan estrictos que impedían una correcta protección del bien jurídico honor, al requerir en todo caso que la falsedad de la imputación fuera abarcada por el tipo. Esta situación forzó a la doctrina a buscar soluciones que permitieran, por medio de una ponderación de derechos, otorgar una protección óptima.

La diligencia del informador se constituía, en todo caso, como el elemento que permitiría deslindar la existencia de responsabilidad, bien al ser considerado como un elemento del tipo en perjuicio de la verdad objetiva, o como uno de los límites internos propios del ejercicio del derecho a la información que actuaría como causa de justificación en virtud del artículo 8.11 del Código Penal derogado.

III. La verdad subjetiva en la jurisprudencia anglosajona

El concepto a partir del cual se constituye la verdad subjetiva como elemento determinante

para la atribución de responsabilidad en un atentado contra el honor no es reciente ni proviene de la doctrina española, sino que, por el contrario, es la elaboración de la jurisprudencia anglosajona y, en especial, de la norteamericana. A lo largo de su historia, la prensa norteamericana ha tenido que hacer frente a gran cantidad de acciones por libelo que, en la mayoría de los casos, terminaba en la obligación de pagar indemnizaciones desproporcionadas, además de cuantiosos gastos por las largas tramitaciones de los procesos.

Esta situación se revirtió drásticamente en el año 1964 con el caso *New York Times contra Sullivan* (376 U. S. 254 1964) en el que se proclamó la doctrina de la *actual malice*⁴⁴. Este emblemático caso permitió que la verdad objetiva no fuera el único elemento que tuvieran en cuenta los magistrados a la hora de determinar responsabilidad por difamación, ya que hasta entonces cualquier mínima desviación de la verdad conducía inevitablemente a considerar que se había verificado una lesión del honor. A partir de la teoría de la *"actual malice"*, el factor determinante para otorgar responsabilidad al medio informativo sería el demandante pruebe que el acusado ha publicado la noticia conociendo su falsedad o con imprudencia temeraria respecto a su falsedad⁴⁵. Así, además de dar prioridad al aspecto subjetivo, se producía una inversión de la carga de la prueba pasando la misma del demandado al demandan-

43. CARBONELL MATEU, J. C.: "Las libertades de información...", ob. cit., pág. 32.

44. El caso *New York Times contra Sullivan* tuvo componentes que lo convertían en mucho más que una guerra de los periódicos por defender su oportunidad de expresarse. Para comprenderlo es necesario poner de manifiesto el contexto histórico en que este desarrolló y que fue el de la lucha racial en los estados sureños de Norteamérica durante la década del 60. El Dr. MARTÍN LUTHER KING había sido arrestado en Alabama acusado de falsedad en la cumplimentación de los impresos de sus impuestos. Como cada vez que un arresto del luchador por los derechos de la minoría negra se producía grupos organizados clamaban por su libertad. El artículo publicado por el *New York Times* relataba una manifestación que había tenido lugar en el Estado de Alabama protagonizada por estudiantes que clamaban por conseguir la plena satisfacción de sus derechos constitucionales criticando la actitud de la policía que cargó contra ellos con medios contundentes. En esta noticia el jefe de policía del condado donde se habían desarrollado los incidentes no había sido mencionado, y a pesar de ello éste reclamó legitimación en el proceso argumentando que había sido difamada la institución de la que él formaba parte. El ambiente de odio racial que rodeó al proceso fue tal que el *New York Times* no pudo encontrar un abogado en Alabama, finalmente el caso fue asumido por un abogado neoyorkino que tuvo que ser alojado en un hotel bajo un nombre supuesto. El Tribunal del Estado, influenciado por la situación social, hizo uso de la doctrina que permitía aceptar esta demanda toda vez que los hechos narrados no hubieran coincidido exactamente con la realidad. En este caso en concreto, el periódico relataba que los estudiantes durante su manifestación habían entonado una canción que no coincidía con la que había sido cantada en los hechos. Este extremo fue utilizado para otorgar una cuantiosa recompensa al demandante. Así, el Juez Jones se manifestó en la sentencia diciendo que el aviso era injurioso por sí mismo por lo cual se presumía su falsedad y que éste había sido publicado con malicia, por lo cual no podía aplicarse ningún privilegio y se determinaba una indemnización de 500.000 dólares. El Tribunal Supremo, posteriormente revocó esta resolución creando la doctrina a la que hicimos mención recientemente. Al respecto: MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa...*, ob. cit., pág. 99. DEL RUSSO, A. D.: "Freedom of the Press and defamation: attacking the bastion of *New York Times CO. v. Sullivan*", en *Saint Louis University Law Journal*, 1981, pág. 505.

45. Resulta imprescindible aclarar que aunque el derecho anglosajón, al igual que el español permite acudir tanto a la vía civil como a la penal para la resolución de estos conflictos, en este caso en concreto nos estamos refiriendo a una doctrina que se desarrolló en el ámbito civil. En general esta vía suele ser la más utilizada ya que permite obtener indemnizaciones, por lo general, más elevadas. A su vez es necesario remarcar que el caso *New York Times con Sullivan* fue revolucionario porque por primera vez la Suprema Corte entró en una materia que, hasta entonces, había estado reservada a los Estados.

te⁴⁶. Si bien esta regla ya había sido establecida de forma similar en varios Estados, es el caso Sullivan el que la extiende a toda la Nación⁴⁷.

Los casos que siguieron al New York Times contra Sullivan fueron consolidando esta doctrina además de extender su ámbito de aplicación. En el caso originario este criterio había sido planteado solamente para los supuestos en los que el demandante fuera un funcionario público, ya que se entendía que estas personas al asumir sus cargos debían aceptar que su privacidad disminuyera en cuanto su comportamiento pasaba a ser de interés de la sociedad⁴⁸. En los casos *Garrison contra Louisiana* (379 U.S. 64 1964) y *Rosenblatt contra Baer*, (1966) se mantuvo el mismo criterio respecto de los funcionarios públicos, pero en *Curtis Publishing Co. contra Butts*, (1967) el Tribunal extendió la aplicación de la doctrina en cuanto entendió que las figuras públicas también debían probar *actual malice*. Esta situación se reiteró en

Rosenbloom contra Metromedia Inc., (1971) donde el Tribunal extendió el criterio a los casos en los que se discutieran asuntos de interés público, aún cuando el presunto libelo se refiriera a una persona privada. La regresión comenzó en 1974 cuando en *Rosenbloom with Gertz contra Robert Welch Inc.* se entendió que las personas privadas sólo estarían obligadas a probar la malicia para solicitar indemnizaciones en aquellos casos en los que el Estado en el que se presentara la demanda requiriera esa clase de prueba⁴⁹.

En todo caso, lo determinante es que la doctrina de la actual malicia nació como un remedio que permitiera frenar la rigidez de los jueces a la hora de ponderar los derechos al honor y a la libertad de expresión, protegiendo a los medios de comunicación frente a inevitables errores involuntarios; el modo de lograr estos objetivos no podía ser otro que indagar en la voluntad del informador.

46. Para que la comprobación de la falsedad subjetiva de la información pueda ser realizada por el demandante el proceso norteamericano ha desarrollado procedimientos que están muy alejados de nuestro sistema. Así, con anterioridad a la fase oral se desarrolla un *discovery period* que es una especie de largo y minucioso preproceso en el que cada parte tiene que poner a disposición de la otra cualquier documento o evidencia que posea. Resulta fundamental que el demandante pueda introducirse en el proceso de producción de la información de la noticia que le ha afectado para poder probar la actitud del medio hacia la verdad. Todo ello presenta un grave inconveniente, el de alargar los procesos y aumentar increíblemente sus costes, convirtiéndose en situaciones difíciles de afrontar por medios informativos de poca entidad. Al respecto: MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa...*, ob. cit., pág. 116.

47. Al respecto ampliamente ver: HOPKINS, W. W.: *Actual Malice. Twenty-Five Years after Times v. Sullivan*, Nueva York, pág. 4. FREIXES MONTES, J.: "La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?", en *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 1996, pág. 284.

48. El Tribunal Constitucional español también ha sentado este criterio a través de numerosos pronunciamientos en los cuales ha manifestado que las libertades de expresión e información gozan de un carácter preferente cuando se trate de asuntos de interés público que contribuyan a la opinión pública. Así, el nivel más alto de dicha posición preferencial se alcanza cuando se produce un conflicto con el derecho al honor de personas públicas y decae cuando la información afecta a conductas privadas que carecen de trascendencia pública. Entre otros importantes pronunciamientos al respecto podemos citar los siguientes: el derecho al honor "se debilita como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general", STC núm 107/1988; STC núm 165/1987, STC núm. 51/1989; STC núm 232/1993; STC núm. 170/1994; STS 30/12/1995; STC núm 192/1999. Ampliamente al respecto: SARMIENTO ACOSTA, M. J.: "El derecho al honor del particular y la libertad de expresión", en *Poder Judicial*, Madrid, 1994, pág. 375. SALVADOR CORDERCH, P. y otros: "Honor y libertad de expresión en 1995: Una reseña jurisprudencial", en *Derecho privado y Constitución*, Madrid, 1996, pág. 329.

49. En el Reino Unido, al igual que en Norteamérica tradicionalmente se protegía el derecho al honor otorgándole total primacía con respecto al derecho a la información, pero a diferencia de éste la evolución que sufriera el tratamiento del tema fue mucho más lento. Así todavía hoy el Reino Unido se encuentra bastante alejado de la protección otorgada en los Estados Unidos al derecho a la información. Un claro ejemplo de ello es que la carga de la prueba sigue cayendo sobre el demandado lo que dificulta gravemente sus posibilidades de defensa. Este hecho dio lugar a que en 1992 un tribunal norteamericano rechazara la ejecución de una sentencia inglesa por un caso de libelo argumentando que ello suponía importar a los Estados Unidos doctrinas antitéticas a la protección que allí se le da a la libertad de prensa, situación que se repitiera en 1995. No obstante, es necesario poner de manifiesto que la situación esta modificándose, es especial a partir de la promulgación de la ley de difamación de 1996 en la cual se incorporan criterios para eximir de responsabilidad a los medios de comunicación toda vez que éstos hubieran tomado los cuidados razonables en relación con su publicación. Al respecto ver: FAYOS GARDÓ, A.: "El derecho al honor en el Reino Unido: un estudio sobre la libertad de expresión y la nueva legislación civil sobre difamación", en *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, Madrid, 1999, pág. 967. Williams, K.: "Defaming Politicians: The not so common Law", en *Modern Law Review*, London, 2000, pág. 748. March, P.: "The end of the libel lottery", en *Entertainment law Review*, London, 1998, pág. 222. Acerca del fundamento de la distinción de la vida privada y la vida pública: AUGER, C.: "derecho al honor y a la intimidad: El problema en la realidad y en el Derecho", en *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1989, pág. 12.

IV. La regulación del delito de calumnias en el nuevo Código Penal

El criterio subjetivista que inspirara en numerosas ocasiones a la jurisprudencia y doctrina españolas a la hora de interpretar el derogado Código Penal de 1973⁵⁰, determinó también la modificación del delito de calumnia en el año 1995⁵¹. El artículo 205 del nuevo Código pasó a tener el siguiente contenido: "Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad". En lo que respecta a la institución de la *exceptio veritatis*, su contenido no varió con respecto a la ordenación precedente.

A partir de esta nueva redacción, las opiniones doctrinales se dividieron nuevamente en torno a la interpretación del elemento verdad objetiva. Así, la doctrina dominante continuó sosteniendo que la falsedad de la imputación era un elemento del tipo de calumnias, aunque en esta ocasión se tratara de un elemento implícito, ya que el legislador había omitido su mención en la nueva regulación. Por el contrario otro sector doctrinal no aceptó la existencia de este elemento implícito, manteniendo el carácter de la figura de la *exceptio veritatis* como una causa de exención de la punibilidad de tipo objetivo. Veremos cómo de la configuración de este elemento se desprenderán consecuencias muy divergentes, lo que nos obliga a plantear un desarrollo exhaustivo de ambas posturas antes de inclinarnos por una de ellas.

1. La verdad objetiva como elemento implícito del tipo

El nuevo tipo del delito de calumnias plantea dos opciones para la comisión del hecho ilícito ya sea que la conducta se realice "con conocimiento de su falsedad" o bien con "temerario desprecio

hacia la verdad". Como vemos, en ninguno de los casos se hace mención expresa de la necesidad de que la imputación deba ser objetivamente falsa, aunque en la primera posibilidad dicha manifestación resultaría redundante ya que para que el sujeto activo pueda tener un conocimiento de la falsedad de los hechos que imputa, resulta fundamental que exista una real discordancia entre los hechos imputados y la realidad.

Esta circunstancia no se repite en la segunda posibilidad. Para que una persona impute un hecho sin tener un pleno conocimiento acerca de su certeza, no resulta imprescindible la existencia de esa discordancia entre la realidad y la imputación. No obstante, la doctrina dominante sigue considerando imprescindible para considerar que una conducta pueda quedar subsumida en el tipo de calumnias que se dé la falsedad objetiva de los hechos, ya que consideran que se trata de un requisito inherente al ilícito que tratamos⁵². No podemos sino discrepar de esta posición, en cuanto consideramos que la "naturaleza del ilícito" no es un argumento concluyente para justificar la existencia de un elemento no incluido en el tipo por el legislador; más aun cuando éste ha reestructurado la configuración del tipo como consecuencia de los problemas de aplicación que planteaba.

Al considerar a la verdad objetiva como elemento implícito del tipo en ambas modalidades delictivas, los autores afirman que el "temerario desprecio hacia la verdad" cumple el único objetivo de extender el tipo subjetivo hasta la figura del dolo eventual⁵³. Con la redacción anterior, la única conducta compatible con el tipo era la realizada con dolo directo. La exigencia de un elemento implícito denominado *animus iniurandi*, que era la defendida por la mayor parte de la doctrina, hacía imposible la inclusión en el tipo de aquellas conductas que se verificaran con dolo eventual precisamente porque el *animus iniurandi* exigía la intención de difamar mediante la imputación.

50. Al respecto resulta oportuno mencionar los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: "El tercero a quien se imputa la declaración ha de observar, por su parte, las diligencias comunes del requisito de la veracidad, es decir, un mínimo cuidado y diligencia en la averiguación de la verdad y de contrastación respecto a lo afirmado en la misma", STC del 27 de julio de 1993; STS del 20 de febrero de 1993; STS del 25 de marzo de 1995; STS de 17 de noviembre de 1995; STS del 26 de septiembre de 1995.

51. El Proyecto de Reforma del Código Penal de 1992 ya había propuesto la reforma del delito de calumnia que contenida en el artículo 204 quedaba definida como "la imputación hecha con conocimiento de que no se ajusta a la verdad o manifiesto desprecio de la misma". Al respecto ampliamente: CARMONA SALGADO, C.: "Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1995, pág. 410. HERRERO-TEJEDOR, F.: "Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código penal de 1992", en *Poder Judicial*, Madrid, 1992, pág. 133.

52. Así, QUINTERO OLIVARES entiende que "consiste la calumnia, tradicionalmente, en imputar falsamente un delito". QUINTERO OLIVARES, G.: "Libertad de expresión y honor en el Código penal de 1995", en *Estudios sobre el código penal de 1995. Parte Especial*, Madrid, 1996, pág. 158. "la sede real del delito de calumnia consiste en la falsedad de la imputación". MACIÁ GÓMEZ, R.: *El delito de injuria*, Barcelona, 1997, pág. 182.

53. MORETÓN TOQUERO, M. A.: *Delitos contra el honor: la calumnia*, Barcelona, 2001, pág. 13.

Para este sector de la doctrina, la reforma emprendida por el legislador en 1995 se habría limitado, en consecuencia, a extender el alcance del elemento subjetivo a conductas en las cuales se verifique dolo eventual. La expresión "con conocimiento de su falsedad" correspondería a la conducta desarrollada con dolo directo y, como indican MORALES PRATS y QUINTERO OLIVARES, la actitud subjetiva del temerario desprecio se asemejaría a la que se incluye en el dolo eventual respecto de la posibilidad de producción del resultado⁵⁴. Así interpretado el delito de calumnias, la figura de la *exceptio veritatis* continúa siendo un precepto redundante que elimina la tipicidad de la conducta⁵⁵. En lo que respecta al momento de la consumación, RODRÍGUEZ MOURULLO pone de manifiesto que el delito de consumar cuando la imputación realizada por el agente llegue a terceros, con independencia de que la víctima tenga conocimiento de la misma en ese momento o con posterioridad⁵⁶.

En este punto cabe plantearnos si el hecho de sostener la existencia de un elemento objetivo implícito implica, también, que el mismo debe ser abarcado por el dolo del agente. La respuesta debe ser afirmativa, ya que el dolo, en todas sus manifestaciones, exige el conocimiento de todos los elementos que integran el tipo penal. Así, al sostener que la verdad objetiva es un elemento objetivo del tipo, estaríamos exigiendo para la configuración del mismo que el sujeto que actúa con temerario desprecio hacia la verdad lo haga con conocimiento de que las imputaciones que realiza son objetivamente falsas. Como podemos apreciar, ello es un contrasentido; la esencia del temerario desprecio radica precisamente en el desconocimiento del agente acerca de la

realidad de los hechos, actuando con indiferencia hacia un resultado lesivo que sabe probable.

Desde este punto de vista resulta interesante analizar la opinión de MUÑOZ CONDE. El autor sostiene que al ser la falsedad objetiva de la imputación un elemento objetivo del tipo, será necesario que el agente tenga conocimiento de la falsedad de lo que imputa, siendo además necesario que concorra un ánimo de deshonorar. Éste se materializa en el denominado *animus iniurandi*, que debe interpretarse como la asunción de las consecuencias dañosas para el honor que resulten de la imputación. En lo que respecta al temerario desprecio, el autor considera que deberá considerarse como un dolo eventual, pero recalando que, en todo caso, éste deberá ir acompañado de un ánimo de injuriar⁵⁷. Parece como si MUÑOZ CONDE, una vez llegado al problema del dolo eventual, tomara conciencia de la imposibilidad de seguir defendiendo la necesidad de que este elemento objetivo del tipo sea abarcado por el dolo del agente. Así, pese a defender que la falsedad objetiva es un elemento implícito común a ambas modalidades delictivas, defiende la necesidad de que sólo en el primer caso esta circunstancia deba ser abarcada por el dolo del agente. No coincidimos en esta solución. Si la falsedad objetiva es un elemento común en todo el tipo penal, en todo caso deberá ser conocido por el agente; si esta circunstancia no puede verificarse por ir en contra de la naturaleza del precepto, ello significa que ya no resulta defendible la existencia del elemento implícito en esta modalidad.

Como subespecie del dolo, el dolo eventual requiere la conciencia de la realización de los elementos objetivos del tipo⁵⁸. Ello nos suscita la du-

54. MORALES PRATS, F. y QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Madrid, 1999, pág. 394.

55. En este sentido se pronuncia CARMONA SALGADO al expresar: "desde una perspectiva puramente penal, el papel a desarrollar por la *exceptio veritatis* en el ámbito de la calumnia es prácticamente nulo, como ya sucediera bajo la antigua y derogada normativa, constituyendo por ello su contenido una clara reiteración respecto del propio tipo del artículo 205". CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal Español*, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 333.

56. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y BARREIRO, A. J. (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pág. 620.

57. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1996, pág. 249.

58. En este sentido se expresa el mismo MUÑOZ CONDE "el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica". MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del delito*, Valencia, 1989, pág. 61. En opinión de DÍAZ PITA el elemento cognoscitivo del dolo requerirá la "aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto", correspondiéndose esta situación global con todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo objetivo. Con respecto al resultado la citada autora también lo cifra dentro del necesario conocimiento del autor pero como conocimiento de la "peligrosidad real de dicha acción y la capacidad de ésta para ser causa del resultado posterior". DÍAZ PITA, M. M.: *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pág. 297. También al respecto: GARCÍA-CERVIGÓN, J. G.: "El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 1996, pág. 257. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: "La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1986, pág. 396. Feijoo Sánchez, B.: "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo", *Sobre la normativización del dolo*, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1998, pág. 356. En contra: BUSTOS RAMÍREZ señala que el dolo eventual tiene la estructura de la imprudencia. BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Homicidio con dolo eventual o imprudente", en *Poder Judicial*, Madrid, 1988, pág. 136.

da acerca de la conveniencia de incluir un elemento objetivo implícito que no será abarcado por el conocimiento del sujeto más allá de una mera probabilidad. Defendiendo esta opción, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS entienden que el conocimiento de la falsedad podrá ser abarcado tanto de forma directa como de forma eventual⁵⁹. No obstante, es necesario tener en cuenta que los criterios de eventualidad a los que se somete esta modalidad de dolo no están referidos a la probabilidad de concurrencia de los elementos propios del tipo, sino a la probabilidad de que acaezca el resultado lesivo. En este caso en concreto, la falsedad de la imputación se corresponde con la lesión del bien jurídico honor, lo cual pone aún más en duda la calidad de elemento objetivo de esta circunstancia.

El dolo eventual sólo surge cuando una misma acción puede concretarse en distintos resultados⁶⁰. Si exigimos que la verdad objetiva sea parte del tipo objetivo, ya no hay eventualidad posible acerca del resultado, porque la imputación de un delito falso provoca por sí misma la lesión del honor. Ello a no ser que consideremos el caso de laboratorio en el que una persona imputa un delito falso pudiendo dicha imputación alcanzar o no a terceros. En dicho caso la eventualidad iría referida a la probabilidad de lesión del honor, pero requerirá en todo caso el conocimiento de la falsedad por parte del autor.

2. El “temerario desprecio” como una forma de imprudencia. Los requisitos subjetivos de la doctrina de la malicia real

Aun concibiendo a la falsedad como elemento del tipo, parte de la doctrina se decanta, en lo que respecta al temerario desprecio, por una interpretación que vaya más allá de los límites del dolo eventual. Así, se plantea la opción de entender al temerario desprecio como una forma grave de imprudencia. De esta manera, la nueva modalidad se entendería como la infracción de un deber objeti-

vo de cuidado en la verificación de las imputaciones que se realizan. En este sentido la interesante posición de PÉREZ DEL VALLE, cuyo análisis requiere algunas puntualizaciones previas.

Según PÉREZ DEL VALLE, la falsedad se constituye como un elemento del tipo, pero a diferencia de los autores citados con anterioridad, que la consideraban un elemento con carácter objetivo, este autor entiende que se trata de un elemento normativo que requerirá una valoración en la esfera de la conciencia del autor. Así, tanto el “conocimiento de la falsedad”, como el “temerario desprecio hacia la verdad” serán diferentes actitudes subjetivas en relación con el elemento normativo del tipo. Esta decisión parte de una consideración eminentemente procesal del concepto de verdad. No sólo serán falsas aquellas imputaciones en las que no existe una adecuación entre el conocimiento y la realidad, sino también aquellas en las que los límites de los métodos de conocimiento y las reglas fundamentales de la prueba en el proceso permitan afirmar que la imputación no puede ser probada; así, la falsedad quedará definida como falta de verdad⁶¹.

Este planteamiento lleva a PÉREZ DEL VALLE a interpretar el “conocimiento de la falsedad” como una valoración subjetiva paralela al conocimiento del riesgo de falsedad de la imputación, mientras que el “temerario desprecio hacia la verdad” se constituiría un caso de ceguera en los hechos. Lo que caracteriza a este supuesto de ceguera en los hechos es que al autor no sólo le resulta indiferente la falsedad de la imputación, sino también el conocimiento de esa falsedad, es decir, el agente no considera que la dignidad personal del afectado y su contexto social resulten merecedores de su atención, por lo que no se representa la posibilidad de que la imputación sea falsa⁶². Resulta necesario aclarar que, según esta teoría, la imputación de hechos procesalmente verdaderos resultaría siempre atípica, y que la función de la *exceptio veritatis* se constituiría en la modificación de las reglas de valoración de la prueba en el

59. QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios...*, ob. cit., pág. 394.

60. CUELLO, J.: “Acción, capacidad de acción y dolo eventual”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1983, pág. 99.

61. PÉREZ DEL VALLE, C.: “El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998, pág. 274. También BACIGALUPO se manifiesta en este sentido ya que entiende que una definición de la falsedad adecuada a la finalidad de protección del honor no debe ser la que considere que un hecho es falso cuando su veracidad ha quedado totalmente excluida por la prueba, sino que también debe reputarse falsa la imputación cuya veracidad no sea posible probar, pues de lo contrario el derecho vigente estaría alentando a los que recomiendan “calumnia que algo queda”. BACIGALUPO, E.: *Delitos contra el honor*, Madrid, 2000, pág. 11.

62. PÉREZ DEL VALLE, C.: “El nuevo delito de calumnias...”, ob. cit., pág. 274.

proceso a través de una alteración de la carga de la prueba⁶³.

El término "temerario desprecio" sugiere desde un primer momento la posibilidad de que el tipo subjetivo del delito de calumnias se extiende hasta la imprudencia temeraria. Las dudas se acrecientan si analizamos el origen de este término que, como vimos, se localiza en la doctrina anglosajona de la *actual malice*. Según esta doctrina para atribuir responsabilidad por la publicación de una noticia se requiere que el agente haya actuado "*knowing its falsity or reckless disregard of the truth*", lo cual puede traducirse como "conociendo su falsedad o con imprudencia temeraria hacia la verdad".

En la doctrina penal anglosajona, a la hora de examinar los elementos que integran los tipos delictivos, se plantea una distinción entre *actus reus* y *mens rea*. El *Actus reus* comprende los elementos objetivos del ilícito, esto es, la conducta, circunstancias o resultado requeridos para constituir la ofensa. También incluye la relación causal entre la conducta y el resultado, así como la doctrina de los actos voluntarios, la omisión y posesión. El *mens rea* examina el estado mental del agente al momento de llevar a cabo la conducta; éste puede clasificarse en: *Intention, Knowledge, Recklessness and Negligence* (intención, conocimiento, imprudencia y negligencia)⁶⁴. Así, *intention* se definirá como el propósito deliberado del autor de

causar los daños propios del hecho delictivo⁶⁵, *knowledge*⁶⁶ como el conocimiento de las consecuencias dañosas de su acción, y *negligence* como la exigencia de un minucioso cuidado en la actuación. La tradición del *common law* es limitar la responsabilidad criminal por imprudencia, reservando esta figura sólo para los delitos más graves como en el caso del homicidio⁶⁷.

Para nuestro estudio, el concepto relevante será el *recklessness*, el cual es definido por la doctrina como "conciencia de riesgo"⁶⁸. La distinción entre *recklessness* y *negligence* queda claramente establecida, ya que en la primera el sujeto percibe pero ignora el riesgo, mientras que en la segunda el sujeto no es lo suficientemente atento como para controlar los riesgos inherentes a su conducta⁶⁹. Al respecto, resulta interesante la evolución del concepto del *recklessness* en la jurisprudencia inglesa. Tradicionalmente, se entendió a este concepto como "actual conciencia de riesgo de la consecuencia prohibida"; en la década de los 80, esta diferencia dejó de ser tan nítida ya que la Cámara de los Loes, en el caso Caldwell (1982, AC 341), incluyó dentro del concepto de *recklessness* aquellos supuestos en los que el agente no preveía un riesgo obvio⁷⁰. No obstante, hay que remarcar que esta ampliación del concepto no tuvo eco en la doctrina norteamericana.

Definido el concepto de *recklessness* como conciencia de riesgo, resulta difícil su encaje en algu-

63. PÉREZ DEL VALLE, C.: "El nuevo delito de calumnias...", ob. cit., pág. 280. El autor fundamenta esta inversión de la carga de la prueba de forma mediata a través del interés del Estado en la veracidad de las comunicaciones de imputación y de forma directa la restricción del derecho del acusado por calumnias quedaría justificada por la conservación del mismo derecho en el imputado. Contra esta opinión se manifiesta CARMONA SALGADO quien entiende que esta inversión consiste en una injustificable violación del principio de presunción de inocencia. CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Compendio...ob. cit.*, pág. 334.

64. ROBINSON, P. H.: "Should the Criminal Law abandon the Actus Reus-Mens Rea distinction?", en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 188. *Mens rea* es el elemento mental requerido por la definición de cada crimen particular; su significado literal se corresponde con "guilty mind" o pensamiento culpable. Smith, J y Hogan, B.: *Criminal Law*, Londres, Edimburgo, Dublín, 1996, pág. 56.

65. Ampliamente al respecto: HORNSBY, J.: "On what's intentionally done", en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 55.

66. La diferencia entre el propósito o intención y el conocimiento se basa en las razones propias del agente, así hay consecuencias que si bien son ciertas para el sujeto como resultado de su acción no determinan la razón de su actuación. La distinción puede ser establecida de acuerdo al término "deseo", lo que significa que hay resultados deseados por el agente y resultados que le resultan indiferentes. Moore, M.: *Placing Blame. A general theory of the Criminal Law*, Oxford, 1997, pág. 451. De acuerdo a ello, la diferencia entre *intention* y *knowledge* aparece corresponderse con el dolo directo y dolo indirecto o bien dolo de primer y segundo grado.

67. LOEWY, A. H.: *Criminal Law in a nutshell*, Minnesota, 1987, pág. 119.

68. MORSE, S. J.: "Diminished Capacity", en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 244. En el mismo sentido: TUR R. H. S.: "Subjectivism and objectivism" en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 234. Seago, P.: *Criminal Law*, London, 1981, pág. 52.

69. FLETCHER, G. P.: *Conceptos básicos de Derecho Penal*, traducción de MUÑOZ CONDE, F., Valencia, 1997, pág. 175

70. Al respecto ampliamente: Ashworth, A.: *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1995, pág. 175. Actualmente, el llamado "Caldwell Recklessness" solamente es utilizado frente a ofensas puntuales, como por ejemplo la de conducción peligrosa. Elliott, C. y Quinn, F.: *Criminal Law*, Londres y Nueva York, 1996, pág. 19.

nas de las categorías que maneja el Derecho Penal español. En principio se asemeja a la estructura del dolo eventual, pero lo cierto es que se trata de una categoría intermedia entre el dolo eventual y la imprudencia consciente; no es sólo una forma de dolo sino un grado del tipo subjetivo más débil que el dolo, pero más grave que la imprudencia. La doctrina anglosajona pone el acento en el conocimiento actual del agente acerca del riesgo que conlleva su acción; quien actúa *recklessly* actúa con desconsideración, por lo que en opinión de DÍAZ PITA la asunción de este concepto en la doctrina española acarrearía la desaparición del ámbito de la imprudencia consciente, ya que la desconsideración y la imprudencia inconsciente no dejan ningún espacio intermedio⁷¹.

La publicación de una noticia se habrá realizado con *reckless disregard of the truth*, cuando el agente haya sido conciente del riesgo que asumía frente a la posibilidad de que la imputación fuera falsa. Las discusiones jurisprudenciales en torno al concepto *recklessness* tratan de determinar el grado de riesgo que el agente debía haber aceptado para poder otorgar responsabilidad a su conducta⁷². En nuestro Derecho penal, esta discusión nos llevaría a la necesidad de decidir la conveniencia de castigar las conductas que se verifiquen con imprudencia consciente. A favor de esta opción se manifiesta TASSENDE CALVO, quien entiende que el término "temerario" hace difícil acudir a la interpretación restrictiva que permitan los ordenamientos anteriores, además de que no

puede olvidarse que el dolo eventual es una modalidad de imprudencia grave⁷³.

BACIGALUPO se plantea esta posibilidad para luego llegar a una conclusión negativa, al sostener que la no punibilidad de la calumnia culposa debería derivar del efecto irradiante de los derechos fundamentales. En su opinión, la punibilidad de la calumnia culposa reduciría de forma inaceptable el contenido esencial del derecho fundamental de libertad de expresión en los casos en los que el autor desconociera el peligro concreto de lesión del honor de la imputación del hecho que realiza⁷⁴.

No consideramos que esta crítica sea del todo acertada, ya que la discusión se centra solamente en la conveniencia de extender la punibilidad a las formas más graves de imprudencia, y no a la totalidad de las conductas que puedan verificarse de forma imprudente. Así parece desprenderse de las argumentaciones expuestas que se refieren a los casos en los que el agente no tuviera conocimiento del peligro inherente a su actuación. Si partiéramos de la configuración de la verdad objetiva como elemento del tipo, tendríamos que aceptar que el "temerario desprecio" extiende el tipo subjetivo a conductas que se verifican con imprudencia consciente, lo que nos permitiría evitar los problemas derivados del dolo eventual. Así, la decisión dependerá, en todo caso, de admitir a la verdad objetiva como elemento del tipo o negarle dicho carácter.

71. DÍAZ PITA, M. M.: *El dolo eventual*, ob. cit., pág. 36. La autora plantea al concepto de *recklessness* como una tercera forma de imputación y considera que su incorporación al sistema penal español solucionaría problemas propios de la dualidad dolo-imprudencia que caracteriza al tipo subjetivo en nuestro sistema. Así, considera que esta institución otorgaría una solución intermedia para aquellos casos que deben decidirse de acuerdo a la conflictiva caracterización del dolo eventual y la imprudencia inconsciente, donde la decisión por una u otra posibilidad acarrea diferencias exageradas de pena. DÍAZ PITA, M. M.: "Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991", en *Actualidad Penal*, Madrid, 1995, pág. 3.

72. Los criterios formulados por la Corte para determinar si correspondía aplicar responsabilidad en virtud del *reckless disregard* exigían que el informador debía haber tenido serias dudas de la veracidad de su publicación, o bien que resultaba necesario un alto grado de riesgo de falsedad de las imputaciones. Al respecto: Cannaday, K. S.: "Constitutional Law-Torts-Defamation and the First Amendment: The elements an Application of the Reckless-Disregard Test", en *North Carolina Law review*, 1972, pág. 390.

73. TASSENDE CALVO, J. J.: "La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código penal de 1995", en *Poder Judicial*, Madrid, 1996, pág. 144. El proyecto de Código Penal de 1992 permitía excluir la penalidad de las conductas culposas debido a la inclusión en el tipo penal del término "manifiesto" haciendo referencia al desprecio del agente hacia la verdad. TASSENDE CALVO, J. J.: "La nueva configuración de los delitos contra el honor en el proyecto de Código penal de 1992", en *Actualidad Penal*, Madrid, 1993, pág. 538. Contra esta opinión, LANDROVE DÍAZ sostenía que la redacción del Anteproyecto de 1992 reprimía las calumnias imprudentes. LANDROVE DÍAZ, G.: "La reforma de los delitos contra el honor", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1993, pág. 258.

74. BACIGALUPO, E.: *Delitos contra el honor*, ob. cit., pág. 13. Contra esta opinión se manifiesta RUIZ VADILLO al entender que a quien habla o escribe, especialmente si es un profesional, hay que exigirle un razonable nivel de diligencia en la búsqueda de la verdad y debe serle reprochado cualquier tipo de ligereza o precipitación, la cual puede llegar a ser irreparablemente dañosa. RUIZ VADILLO, E.: "Los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a informar y ser informado y su incidencia en el campo jurídico penal", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, Madrid, 1986, pág. 598.

3. La exclusión de la verdad objetiva como elemento típico

Para comenzar el análisis de aquellas teorías que no consideran que la falsedad objetiva de la imputación corresponda al tipo penal estudiaremos la postura sostenida por MUÑOZ LORENTE⁷⁵. Este autor a pesar de la reforma de 1995 continúa entendiendo que el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión debe dirimirse en sede de justificación a través de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho.

Para comprender el análisis que realiza MUÑOZ LORENTE es necesario detenerse en su postura sobre la función de la norma penal, ya que ésta determina su forma de configurar las causas de justificación. Así, de acuerdo con este punto de partida, la función de determinación de la norma indica una necesaria relevancia del desvalor de acción sobre el desvalor de resultado en el tipo de injusto. Correspondiéndose con ello, a la hora de analizar los componentes necesarios para la verificación de una causa de justificación, esta postura determinará que junto con la necesidad de comprobar la existencia de componentes objetivos, se requiera la concurrencia de componentes de tipo subjetivo, llegando incluso a primar la necesidad de la existencia de estos elementos sobre los objetivos.

En lo que respecta al contenido del elemento subjetivo de la causa de justificación, MUÑOZ LORENTE niega que este elemento requiera que el agente actúe con la finalidad de hacerlo conforme a derecho, o bien que resulte imprescindible la existencia de un móvil justificativo específico. En su opinión, el elemento subjetivo de la causa de justificación equivale únicamente al conocimiento de la situación de justificación, cuando además exista voluntad de actuar queriendo la realización de la misma. Así configurada la justificación de ejer-

cicio legítimo de un derecho a través del derecho a la información, la concurrencia de dicha causa de justificación se basará en la conciencia por parte del agente de la diligencia en la comprobación de la verdad. Queda de esta manera la verdad objetiva como elemento objetivo de la causa de justificación en un segundo plano⁷⁶.

La teoría sostenida por este autor, que puede denominarse subjetivo-monista, conlleva que en aquellos casos en los que falte el elemento subjetivo de la justificación ésta resulte inaplicable, determinando, por tanto, la consumación del delito. Así, si se verificara la concurrencia de verdad objetiva pero el agente desconociera este extremo, debería considerarse que el hecho resultaría típico y antijurídico. Según el autor, la ventaja que se obtiene con esta solución es que no se hace depender la aplicación de las causas de justificación del puro azar, es decir, de la investigación que realice el juez respecto de la verdad objetiva; además, esta opción permite ofrecer un tratamiento diferenciado para aquellos casos en que el informador es conocedor de la verdad de la información, y aquellos otros en que él mismo no conoce tal extremo, o incluso cree que los hechos que trasmite son falsos⁷⁷.

Continuando con esta explicación, MUÑOZ LORENTE entiende que la *exceptio veritatis* tiene la naturaleza de una causa de exención de la punibilidad de naturaleza objetiva, ya que será de aplicación en los casos de error inverso en la causa de justificación. De esta forma, no se corresponderá de forma absoluta con la prueba de la verdad, ya que no siempre que se compruebe la veracidad de las afirmaciones resultará de aplicación esta figura, que tendrá una incidencia sólo residual.

Podrá darse el caso en el que se pruebe la veracidad de los hechos y además el sujeto haya sido diligente en la comprobación de la información, entonces será de aplicación la causa de justifica-

75. MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Valencia, 1999.

76. MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información...*, ob. cit., pág. 341.

77. MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información...*, ob. cit., pág. 352. El autor analiza las distintas soluciones que brinda la doctrina para este supuesto. Así, una teoría causalista que niega la existencia de elementos subjetivos en la causa de justificación conllevaría a la impunidad en caso de que se comprueben la verdad objetiva como elemento objetivo de la causa de justificación. Solución que MUÑOZ LORENTE entiende inaceptable ya que, aunque objetivamente se ha protegido un interés preponderante dicha protección sería fruto del azar. Por otro lado, la corriente que rechaza la única consideración de elementos subjetivos en las causas de justificación en menoscabo de los elementos objetivos, brindan como solución a este supuesto que sea considerado como un caso de delito en grado de tentativa. Según esta teoría el valor de acción y el valor de resultado discurren de forma independiente, así la ausencia de uno de los elementos no determinará la ausencia del otro y considerando que el desvalor de acción es propio de la tentativa, así la ausencia del elemento subjetivo de la justificación permitiría la consideración del caso como una tentativa, o bien como tentativa inidónea. El argumento para rechazar esta posibilidad indica que en el caso en cuestión a diferencia de la tentativa se consigue el resultado típico es decir subsiste el desvalor-tipicidad de resultado. La última posible solución indica la posibilidad de tratar a este caso como un supuesto de eximente incompleta, es decir que debería atenuarse la pena en virtud de ser menos grave el desvalor de resultado, a lo que se contesta que corresponde aplicar una atenuante en aquellos casos en los que no concurra algún elemento accidental de la justificación, pero no en caso de que falte el elemento subjetivo.

ción por ejercicio del derecho a la información. Por tanto, sólo cuando falle el elemento subjetivo de la causa de justificación y además se pruebe el extremo de la verdad objetiva, *ex post*, es decir, de forma posterior a la verificación de la tipicidad y antijuricidad de la conducta, podrá resultar de aplicación la figura de la *exceptio veritatis*⁷⁸.

También BACIGALUPO, basándose en el texto del artículo 20.1 a. de la Constitución Española, defiende la hipótesis que indica que la falsedad de la imputación es un elemento objetivo de la causa de justificación, pero a diferencia de MUÑOZ LORENTE, no considera que ello deba conducir a la consumación de un delito de calumnias cuando la imputación sea verdadera pero subjetivamente inveraz, ya que entiende que ello acarrearía una disminución notable de la protección penal. Por otro lado, el autor cree que la solución adecuada sería la consideración de estos supuestos como delitos putativos (error de prohibición al revés), con lo que estaríamos frente a supuestos en los que el agente creyó estar realizando un hecho delictivo materialmente imposible⁷⁹.

En este punto creemos adecuado realizar una aclaración. Como vimos, la mayor parte de la doctrina interpreta la veracidad como límite interno del derecho a la información desde un punto de vista subjetivo. Los autores entienden que exigir la verdad objetiva como presupuesto del derecho a informar significaría una merma importante a este derecho y, por tanto, aceptan para la configuración de su límite interno una diligente actividad encaminada a la comprobación de la verdad. En nuestra opinión el elemento objetivo de la causa de justificación debe configurarse de acuerdo con los límites internos del derecho a la información, es decir, confirmando la existencia de todos los requisitos propios de este derecho. De acuerdo con ello, el elemento objetivo de la causa de justificación no se correspondería únicamente con la verdad objetiva, sino con la exigencia de la verdad subjetiva que se traduce en la comprobación de la existencia de un diligente comportamiento por parte del agente. De esta forma, en el supuesto

planteado donde la imputación es verdadera pero el agente no ha realizado comprobaciones para conocer este extremo, no hay forma de comprobar ni los requisitos objetivos ni los subjetivos de la causa de justificación, que se configurarían como el conocimiento de estar actuando diligentemente en busca del conocimiento de la verdad.

Pues bien, aun aceptando que la interpretación sostenida por MUÑOZ LORENTE llega a soluciones satisfactorias, no coincidimos en que tras la reforma de 1995 sea necesario solucionar el conflicto libertad de expresión-derecho al honor en sede de antijuricidad. A nuestro entender, lo que hizo el legislador al introducir el término "temerario desprecio hacia la verdad" fue intentar dar una solución al problema en sede de tipicidad, ya que el mencionado elemento requiere, por sí mismo, la diligencia en la verificación de la información que es propia del elemento subjetivo de la causa de justificación. En este punto creemos adecuado volver a traer a colación la postura de VIVES ANTÓN, que tal como hiciera con anterioridad al nuevo Código Penal, continúa interpretando el tipo de calumnias considerando de forma subjetiva los requisitos propios de la veracidad.

Según esta postura, el nuevo Código Penal determina la ampliación del tipo subjetivo hacia conductas llevadas a cabo con dolo eventual, dejando de lado, de forma explícita, cualquier referencia a la verdad objetiva. Con ello, el tipo objetivo quedaría reducido a la imputación de un delito. La aplicación de esta teoría llevaría a considerar que las imputaciones realizadas sin prestar la debida diligencia siendo verdaderas serían delitos consumados, ya que lo único relevante para el legislador sería la actitud subjetiva del agente al realizar la imputación. Así, la *exceptio veritatis* actuaría como una causa de exclusión de la penalidad de naturaleza objetiva, que resultaría de plena eficacia en los supuestos mencionados recientemente y que encuentra su fundamento en el "interés del Estado en la persecución y castigo de los delitos"⁸⁰.

78. MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información...*, ob. cit., pág. 367.

79. BACIGALUPO, E.: *Delitos contra el honor*, ob. cit., pág. 9. También ésta es la solución propuesta por MIR PUIG, quien entiende que cuando el sujeto desconozca que actúa bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación la situación será análoga a la de tentativa inidónea punible debido al peligro intersubjetivo *ex ante* de que una situación objetivamente incorrecta llegara a producirse, en donde subsiste, además, el desvalor global de resultado consistente en el peligro de que los presupuestos objetivos no hubieren ocurrido. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, Barcelona, 1998, pág. 420.

80. VIVES ANTÓN, T. S. en BOIX REIG, J., CARBONELL MATEU, J. C. y otros: *Derecho Penal...* ob. cit., pág. 318. Comparte esta solución TASSENDE CALVO, quien valora la reforma de 1995 positivamente ya que entiende que el legislador ha eliminado el carácter marcadamente objetivo que la jurisprudencia y doctrina tradicionales venían otorgando al elemento típico de la falsedad, lo cual planteaba problemas de armonización entre la obligada prueba de la verdad y el principio de presunción de inocencia. TASSENDE CALVO, J. J.: "La nueva regulación...", ob. cit., pág. 143. En el mismo sentido: FERNÁNDEZ PINÓS, J. E. y FRUTOS GÓMEZ DE, C.: *Delitos contra el honor. Delitos contra las relaciones, derechos y deberes familiares*, Barcelona, 1998, pág. 108.

V. La calumnia, ¿delito de lesión o de peligro?

En el inicio del presente estudio analizamos brevemente las distintas concepciones del término honor como bien jurídico protegido del delito de calumnias. Vimos que para la concepción normativa, defendida por la doctrina dominante, sólo puede considerarse lesionado el honor a partir de la imputación de un delito cuando dicha imputación resulte falsa. Por otro lado, al analizar las diferentes interpretaciones del tipo de calumnias que se plantean con posterioridad a la reforma de 1995, comprobamos que tanto la posición de VIVES ANTÓN como de MUÑOZ LORENTE, si bien por distintas razones, coinciden en una misma solución para el conflictivo caso en el que se conjuga la verdad objetiva y la inveracidad subjetiva. Esta solución radica en considerar a la mencionada conducta como un delito consumado, en el que resultaría de aplicación la figura de la *exceptio veritatis* como causa objetiva de exención de la penalidad.

Estas posturas permiten cuestionar si el delito de calumnias puede consumarse sin necesidad de que se vea lesionado el bien jurídico honor, y si en consecuencia estamos frente a un delito de peligro. Responder esta pregunta nos lleva a dos cuestiones fundamentales. En primer término, analizar si la estructura del delito de calumnia es compatible con un tipo de peligro, y en ese caso, en qué categoría de peligro nos hallaríamos. También deberíamos considerar si esta interpretación se corresponde con la intención que tuvo el legislador al plantear la modificación del tipo penal, y si las soluciones que aporta resultan adecuadas con los fines de política criminal.

La interpretación del tipo de calumnias como un delito de peligro debería partir de la idea de que la propagación de noticias no debidamente corroboradas, que implican imputaciones de delitos a determinadas personas constituye un riesgo de lesión del bien jurídico honor que no es aceptable y que, por tanto, debe ser evitado. De acuer-

do con este planteamiento, el legislador incluiría en el catálogo de conductas penales la del informador que no cumpliera con la diligencia debida en la corroboración de sus afirmaciones y, por tanto, llevara a cabo una conducta peligrosa. Con ello, se produciría un adelantamiento de las barreras punitivas en busca de eliminar riesgos no deseados.

A nuestro entender, no es posible clasificar al tipo del delito de calumnias como un delito de peligro concreto. En esa categoría de delitos el peligro es un elemento del tipo, y se exige para que pueda hablarse de realización típica la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro, es decir, se requiere el resultado de proximidad a una lesión del bien jurídico. Esta circunstancia no sucede necesariamente, en el caso de las calumnias, ya que cuando la conducta es objetivamente verdadera no llega a realizarse un peligro efectivo. Si partimos de la premisa de que resulta indiferente a efectos de tipicidad la veracidad de los hechos, por ser en todo caso lo fundamental la diligencia del sujeto activo en su comprobación, será necesario admitir que las posibilidades de lesión del bien jurídico son menores que las requeridas para la configuración de los delitos de peligro concreto, al no haber imputación falsa no es posible verificar un peligro *ex post*, por lo que el adelantamiento de las barreras de punición en este caso tendrá que ser aún mayor. Ello nos lleva a la única posibilidad del delito de peligro abstracto, en el que el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta⁸¹. De acuerdo con este planteamiento, el temerario desprecio hacia la verdad se constituiría como una infracción de un deber objetivo de cuidado, en relación con la eventual lesión del bien jurídico honor⁸².

Los delitos de peligro abstracto cumplen una función de adelantamiento de las barreras de protección a supuestos de imprudencia sin resultado, por lo que pueden ser configurados como tentativas imprudentes. De lo dicho resulta que entre el dolo de peligro y la culpa consciente no hay nin-

81. "En los delitos de peligro concreto se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa. En los de peligro abstracto por la posibilidad de que lo sea". BARBERO SANTOS, M.: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, 1973, pág. 489. También al respecto: MAQUEDA ABREU, M. L.: "La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado", en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1994, pág. 181. MAQUEDA ABREU, M. L.: "La relación—Dolo de peligro—Dolo (eventual) de lesión. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 sobre el aceite de colza", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1995, pág. 423. MAQUEDA ABREU, M. L.: "La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992", en *La Ley*, Madrid, 1994, pág. 486. Acerca de la identificación: delitos de peligro concreto-delitos de resultado, delitos de peligro abstracto-delitos de mera actividad: RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "El resultado en la teoría jurídica del delito", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1977, pág. 55.

82. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pág. 307.

guna diferencia material; la única peculiaridad distintiva entre los supuestos de peligro y los habituales delitos imprudentes reside en el tipo objetivo, o lo que es lo mismo, en la decisión del legislador de conformarse con un resultado de peligro sin exigir la lesión del bien jurídico⁸³. Esta peligrosidad que caracteriza al tipo de peligro abstracto pasa a formar parte del tipo objetivo, lo que indica la necesidad de que sea abarcado por el tipo subjetivo.

En este punto nuevamente deberíamos preguntarnos si el tipo subjetivo abarcaría sólo las conductas dolosas o si podría incluir también las imprudentes. En lo que respecta a la segunda posibilidad, consideramos que siguiendo esta interpretación, una extensión del tipo subjetivo a conductas imprudentes resultaría excesiva, lo que se confirma si analizamos la escasez de supuestos que responden a esta configuración en todo el ordenamiento penal⁸⁴. Ello nos conduciría a que el riesgo de la conducta debería estar abarcado por el dolo del autor, lo que no implica que el autor haya de querer la peligrosidad, sino que sea consciente de los factores de riesgo incorporados a la descripción típica. Esto podría resumirse diciendo que la comisión dolosa del tipo requerirá la conciencia de la actitud lesiva de la conducta⁸⁵.

Tradicionalmente se ha definido a los delitos de peligro abstracto a través de la ausencia de peligro en el tipo. Así, se entendía que estos delitos no mencionaban el peligro entre sus elementos al entenderse éste implícito en la realización de una acción en sí misma peligrosa. De esta forma, la iden-

tificación del peligro era tarea exclusiva del legislador al momento de definir en abstracto las conductas punibles⁸⁶, mientras que el juez debía limitarse a comprobar que la conducta realizada cumplía todas las características exigidas por el tipo legal, sin que existiera obligación judicial de verificar el peligro efectivo caso por caso⁸⁷.

Como reacción frente a esta interpretación, la doctrina mayoritaria actual, coincide en indicar la necesidad de que se verifique *ex ante*, a la comisión del hecho delictivo la posibilidad de un riesgo para el bien jurídico, excluyendo el carácter delictivo de aquellos supuestos en los que quede anulada dicha opción⁸⁸. Ello nos plantea una seria duda acerca de la interpretación de las calumnias como un tipo de peligro abstracto. No podemos olvidar que en aquellos supuestos en los que el informador actúa sin la diligencia debida siendo consciente de la posibilidad de lesión del honor, pero donde la noticia es verdadera, no hubo desde el primer momento posibilidad de lesión del bien jurídico. Esto es, a pesar de que el informador no sabía si lesionaría o no el honor, lo cierto es que no existía dicha posibilidad.

Ello nos lleva a preguntarnos si el juicio realizado *ex ante*, que determinará la posibilidad de riesgo de lesión en un caso concreto, debe ser objetivo o subjetivo. Si llegáramos a la conclusión de que el mismo debe ser estrictamente objetivo analizando sólo la posibilidad real de riesgo, nos veríamos en la obligación de descartar la interpretación del delito de calumnias como un delito de peligro abstracto. En este punto resulta de interés

83. LAURENZO COPELLO, P.: *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, pág. 296.

84. Se trataría de supuestos donde el autor realiza una acción contraria al cuidado debido sin conciencia de la realización de la acción y su peligro. Ello podría admitirse sólo en casos de imprudencia grave o temeraria. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro*, ob. cit., pág. 317.

85. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro...*, ob. cit., pág. 310.

86. Uno de los factores determinantes para el legislador será la peligrosidad estadística promedio del comportamiento. TORÍO LÓPEZ, A.: "Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas", en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1994, pág. 162.

87. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, pág. 133.

88. En este sentido: MIR PUIG, S.: *Derecho penal...*, ob. cit., pág. 210. Acerca de la peligrosidad de la conducta como exigencia del principio de intervención mínima: SOLA ROCHE, E.: "La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1994, pág. 175. En este contexto TORÍO LÓPEZ distingue dos especies de delitos de peligro abstracto. En primer lugar, los delitos consistentes en la violación de reglas ético sociales o ético religiosas. En segundo término, los delitos de peligro abstracto identificables como delitos de desobediencia. Por último, los designados delitos de peligro hipotético, en los que el tipo no reclama, como sucede en el caso del peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito. Así el autor consciente en la conveniencia de prescindir de las primeras dos clasificaciones, resaltando a su vez la importancia de los delitos de peligro hipotético. TORÍO LÓPEZ, A.: "Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1981, pág. 827. LAURENZO COPELLO llega a la conclusión de que a pesar de que los delitos de peligro abstracto son delitos sin resultado, ya que no exigen la perturbación del bien jurídico para su consumación, en la medida en que exigen la posibilidad de producción de un resultado peligroso incluyen un desvalor potencial de resultado, lo cual permite la integración de estos delitos en un Derecho penal orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en derecho penal*, Valencia, 1992, pág. 180.

la opinión de MIR PUIG, para quien, la norma penal preventiva apunta al momento de realización de la conducta, intentando motivar a su evitación, por lo que el juicio de peligrosidad que convierte en prohibida una conducta debe efectuarse *ex ante*, en el momento en que el sujeto va a actuar; la peligrosidad resultante *ex post* resulta a estos efectos irrelevante. Este planteamiento conduce a erigir en contenido de lo injusto no el resultado ni la conducta que se demuestre efectivamente peligrosa, sino los comportamientos peligrosos que aparezcan como tales en el momento de llevarlos a cabo, aunque luego resulten que en realidad no lo eran.

En opinión del autor, este planteamiento no supondrá una subjetivización de lo injusto objetivo, lo que sólo ocurrirá si la decisión sobre la apariencia se confía a cada sujeto; no si se remite dicha decisión al juicio de la sociedad, que quedará representado por el criterio generalizador, normativo-social del espectador objetivo, situado en el lugar del agente al actuar, con todos los conocimientos y posibilidades de que entonces éste dispone⁸⁹.

Desde este punto de vista no se presentan inconvenientes para comprobar la peligrosidad de la acción del informador al realizar una imputación cuya veracidad desconoce, ya que un espectador objetivo, situado en el lugar del agente, con todos sus conocimientos, no tiene forma alguna de saber si su acción puede conllevar la producción de una lesión al bien jurídico honor. Con ello podemos concluir que el temerario desprecio hacia la verdad tiene la virtualidad de ser una acción peligrosa.

VI. Solución que se propone

Una interpretación del tipo de calumnias en la que se requiera la concurrencia de la verdad objetiva como elemento del tipo, va en contra del texto mismo de la Ley. El artículo 205 contiene dos modalidades delictivas distintas. La primera hace alusión al "conocimiento de la falsedad", en este caso, resulta imposible negar que la falsedad obje-

tiva no concurrirá en la conducta, lo cual no implica que se trate de un elemento implícito, simplemente que se trata de una consecuencia lógica de la acción. Para que una persona pueda realizar una imputación sabiendo que es falsa, necesariamente la imputación ha de reunir este carácter.

La segunda de las modalidades alternativas del tipo indica que la imputación ha de hacerse con "temerario desprecio hacia la verdad". Como ya mencionamos, en ningún caso resulta necesario para que se realice una imputación con temerario desprecio que dicha imputación sea falsa; ésta es una interpretación que lleva a cabo la doctrina por razones "históricas", pero que no conduce a soluciones acertadas. Así, si consideramos que el tipo objetivo sigue estando conformado por la imputación de un delito falso, y que la nueva modalidad sólo provoca la ampliación del tipo subjetivo hacia el dolo eventual, estaríamos negando la esencia misma de la reforma de 1995. Esta interpretación nos llevaría a sostener que el dolo requiere el conocimiento efectivo de todos los elementos que conforman el tipo, incluida la falsedad objetiva. Con ello, la única posibilidad de actuación del dolo eventual se limitaría al conocimiento de la posible concreción del resultado de lesión del bien jurídico, lo que dependería de que dicha imputación llegara a oídos de terceros. Como vemos, ello no se corresponde de ninguna forma con la voluntad del legislador al referirse a un desprecio por la verdad.

El desprecio hacia la verdad se basa en la falta de conocimiento del agente acerca de la concurrencia de este factor, y en cambio, en el conocimiento del peligro inherente de esta acción. El legislador de 1995, al incluir esta modalidad ha realizado una nueva valoración de la conducta propia del delito de calumnias, dejando atrás un concepto objetivo que, como vimos, sólo conducía a la desprotección del bien jurídico honor. Esta interpretación deja paso a un concepto subjetivo en donde lo esencial es la actuación responsable del informador.

El rechazo a la solución que proponen algunos autores acerca de derivar, en todo caso, la

89. Para realizar su análisis, y a pesar de reconocer la superior relevancia de que goza el desvalor de acción frente al desvalor de resultado en el injusto típico, el autor considera que un derecho penal preventivo no podrá tener por objeto que el sujeto no "adopte decisiones" contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular que será el de los procesos de interacción social, por lo que un Estado social deberá seleccionar los comportamientos que han de prevenirse y prohibirse en función del peligro objetivo que cada conducta supone para bienes jurídicos. MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1982, pág. 64. "Si se quieren prohibir, para que se eviten, las conductas lesivas, no hay más remedio que prohibir todas las acciones que *ex ante* aparezcan como posiblemente lesivas, porque entre ellas no existe *ex ante* ninguna diferencia constatable". MIR PUIG, S.: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pág. 102.

solución a sede de justificación, se fundamenta en el hecho de que, en nuestra opinión, el legislador de 1995 ha pretendido resolver en el tipo el viejo conflicto "derecho al honor-derecho a la información", al incluir en el ámbito de la tipicidad el límite más importante del que goza la libertad de información, como es la diligencia en la comprobación de la verdad. Como vimos, el concepto de verdad objetiva también fue dejado atrás en pro del de verdad subjetiva a la hora de evaluar la concurrencia del derecho a la libertad de expresión. Todo ello hace innecesario, en la mayoría de los casos recurrir a sede de justificación porque como expresamos, los requisitos propios del ejercicio de la libertad de información son los que componen el tipo penal.

En un primer momento, la posibilidad de configurar al delito de calumnia como un delito de peligro abstracto produce alarma en cuanto parece indicar un excesivo adelantamiento de las barreras penales y una consecuente negación de los postulados propios del Derecho penal mínimo. Así, BACIGALUPO, tratando de evitar los resultados que provoca el excesivo subjetivismo de la postura de VIVES ANTÓN, llega a sede de justificación tratando de negar que una conducta objetivamente verdadera pueda dar lugar a un delito consumado. Veremos que hay razones por las que esta solución no debe alarmarnos.

Por empezar, tal como indica SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, aún cuando los delitos de peligro recortan la libertad del ciudadano, contribuyen a subrayar el componente de prevención general. Así, el Derecho penal se propo-

ne garantizar al ciudadano que la exposición de sus bienes al riesgo se va a mantener dentro de límites soportables⁹⁰. Siguiendo con estos planteamientos, y desde un punto de vista enfocado a criterios de prevención general⁹¹, la configuración como delictivas de aquellas conductas en las que no se haya verificado la debida diligencia, aunque la imputación resulte ser verdadera, cumpliría un efecto intimidador válido para controlar los avances del capitalismo sobre los medios de comunicación⁹².

Ello no implica una moralización del Derecho penal, ya que no podemos olvidar que nos referimos a conductas en las que *ex ante* está presente el riesgo de lesión del bien jurídico honor⁹³. Sobre todo, debemos tener en cuenta que en aquellos casos en que se pruebe la verdad de la imputación, nunca resultará aplicable la pena contenida por el artículo 205 ante la aplicación de la *exceptio veritatis*. Esta figura, de acuerdo a la interpretación aquí obtenida, gozará de total operatividad, dejando de ser un criterio redundante como lo ha sido tradicionalmente.

En lo que respecta a aquellos supuestos en los que la imputación sea verdadera pero este hecho no logre ser probado plenamente en el proceso, no cabe duda de que deberá aplicarse la pena indicada en el artículo 205. Ello no debe alarmarnos dado que en esta conducta se verificó la posibilidad de peligro de lesión exigido en el tipo⁹⁴. Además, tal como afirma Pérez del Valle, son tan lesivas aquellas imputaciones en las que el hecho es falso como aquellas en las que la falsedad no puede ser probada, porque hacen caer en el sujeto pasivo

90. Serrano GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Los delitos de incendio. Técnicas de tipificación del peligro en el nuevo Código penal*, Madrid, 2000, pág. 17. En parecido sentido: TAMARIT SUMALLA, J. M.: "La tentativa con dolo eventual", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1992, pág. 558.

91. Una concepción que aparezca como síntesis de la prevención general negativa y de los fines de utilidad y garantía que se contraponen a la misma es, en plano del deber ser, la más idónea para legitimar la intervención punitiva del Estado. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 214. La teoría preventivo general se basa en gran medida en la psicología del profano que indica que muchas personas sólo contienen sus impulsos antijurídicos cuando ven que aquel que se permite su satisfacción por medios extralegales no consigue éxito con ello, sino que sufre graves inconvenientes. ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, ed. traducida por LUZÓN PEÑA, D. M. y otros, Madrid, 1997, pág. 90. También al respecto: GRACIA MARTÍN, L. en GRACIA MARTÍN, L. (coord.): *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, pág. 57.

92. Al respecto ver cita nº 25. Contra esta opinión se manifiesta MANNA quien se refiere a la "perplejidad" que suscita la intervención penal en orden a la eficacia preventivo general en materia de tutela de los derechos a la personalidad. MANNA, A.: "La tutela penal de los derechos de la personalidad: Aspectos problemáticos", *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1988, pág. 91.

93. Al respecto ampliamente: JAÉN VALLEJO, M.: "La protección del honor en una sociedad mediática", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, 1997, num. 277, pág. 1.

94. Las causas objetivas de exclusión de la pena no afectan a la punibilidad entendida como posibilidad legal abstracta de referencia y aplicación de la pena, sino a su proceso de concreción y más concretamente a su fase ejecutiva. Así, al actuar sólo sobre la pena, ni extinguen el delito, ni lo niegan; no importa que la pena no se aplique, para que el delito se encuentre completo y afirmados todos y cada uno de sus elementos constitutivos. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1999, pág. 947.

una duda sobre su condición imposible de salvar⁹⁵.

Un detalle que no podemos dejar de lado es que la aplicación de la *exceptio veritatis* a los casos de falsedad subjetiva-verdad objetiva, cuando la misma sea probada, excluye la pena dejando subsistente la responsabilidad civil⁹⁶. Esta circunstancia lleva a plantearnos si la interpretación propuesta brinda también soluciones convenientes desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Como es sabido, el Código Civil no incluyó entre sus normas disposiciones referentes a la protección de los derechos personalísimos, circunstancia que fue paliada históricamente a través de la creación jurisprudencial. La Ley 62/1978 y posteriormente la Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo, cubrieron este vacío legal⁹⁷. En lo que respecta a la delimitación del ilícito civil, esta norma no contiene ninguna referencia expresa a la necesidad de que las imputaciones deban ser falsas; ni siquiera aclara si la responsabilidad que se deriva de dichos ilícitos es de carácter objetivo, o si resulta necesario que concurra dolo o negligencia en el agente.

El artículo 7.7 de la Ley considera como "intromisión ilegítima" la "divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer de la consideración ajena". A pesar de que las opiniones doctrinales al respecto se encuentran divididas, la redacción de la Ley parece indicar que no resulta necesario que

concurra en el agente dolo o negligencia; así lo entendió la jurisprudencia en numerosas ocasiones⁹⁸.

Contra esta opinión se manifestó parte de la doctrina, al entender que la responsabilidad objetiva sólo puede ser aplicada cuando el legislador lo haya previsto expresamente en la norma, con lo que exigían que la falta de diligencia pasara a ser el factor determinante a la hora de imponer la obligación de indemnizar⁹⁹. No consideramos acertada esta crítica ya que las palabras de la Ley son suficientemente claras en el sentido de indicar que siempre que se produzca una intromisión con las características señaladas habrá ilícito civil.

Con respecto a la falsedad de la imputación, esta problemática fue también objeto de opiniones divergentes¹⁰⁰. El rechazo a la figura de la *exceptio veritatis* en la Ley 1/1982, es demostrativa de la innecesariedad de la falsedad de los hechos para la conformación del ilícito civil¹⁰¹.

En base a estos planteamientos podemos analizar las soluciones que otorga el ámbito civil a cada uno de los supuestos. Lo primero que debemos preguntarnos es si la peligrosidad a la que da lugar la falsedad subjetiva que fundamenta la ilicitud penal puede servir de base para aplicar una indemnización civil. El artículo 9.3 de la mencionada norma dispone que "la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima". La doctrina prefiere sostener que el carácter inmaterial

95. Ver cita núm. 61.

96. Las causas objetivas de exclusión de la pena no afectan a la punibilidad entendida como posibilidad legal abstracta referencial y aplicación de la pena, sino a su proceso de concreción y más concretamente a su fase ejecutiva. Así, al actuar sólo sobre la pena, ni extinguen el delito, ni lo niegan; no importa que la pena no se aplique, para que el delito se encuentre completo y afirmados todos y cada uno de sus elementos constitutivos. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1999, pág. 947.

97. Anteriormente, la única vía civil para defenderse contra las intromisiones ilegítimas contra el honor lo constituía el artículo 1902 del Código Civil. ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor...*, ob. cit., pág. 19. Artículo 1902 del Código Civil: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

98. Al respecto ver: MUÑOZ MACHADO, S.: "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", en *Poder Judicial*, Madrid, 1986, pág. 15. MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad...*, ob. cit., pág. 82. ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor...*, ob. cit., pag. 104. A pesar de ello la jurisprudencia luego evolucionó hacia la exigencia de negligencia en el agente al contrastar la información. Al respecto ver cita num. 34.

99. "A efectos de responsabilidad civil, es en principio indiferente que la divulgación haya sido dolosa o culposa pues no se trata de establecer la indemnización por los daños causados". ASUA, A.: "La tutela jurídica del honor. Consideraciones político criminales en relación a la L.O. 1/1982", en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pág. 32. También en este sentido: ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2002, pág. 952.

100. La circunstancia de que la Ley de 1982 no hiciera referencia alguna acerca de la exigencia de la falsedad de la imputación a la hora de establecer la responsabilidad civil, llevó a que en un principio de su aplicación, parte de la Jurisprudencia opinara que "lo mismo se difama mediante divulgación de hechos delictivos, pero desconocidos, como por la divulgación de hechos falsos" (Sentencia Porta v. García de 27 de noviembre de 1984 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid). Al respecto ver: MUÑOZ MACHADO, S.: "Mitos, insuficiencias...", ob. cit., pág. 15. Sobre esta problemática ver: ASUA, A.: "La tutela jurídica...", ob. cit., pág. 32.

101. ESTRADA ÁLAMO, E.: *El derecho al honor...*, ob. cit., pág. 136.

de los derechos de la personalidad protegidos la Ley 1/1982, dificulta la determinación de la efectiva lesión de estos derechos, por lo que resulta suficiente la comprobación de la conducta antinormativa para presumir que el honor se ha visto perjudicado¹⁰². Así, no encontramos escollo alguno para fundamentar la aplicación de responsabilidad civil en sede penal, cuando se aplique una pena por una información difundida sin haber mantenido a cabo el autor la debida diligencia, y toda vez que no haya resultado de aplicación la figura de la *exceptio veritatis*.

Cabe plantear, en este punto, si en caso de que además de la inveracidad subjetiva concurriera también la verdad objetiva, podría seguir sosteniéndose la existencia de la obligación de resarcir civilmente. Ésta es la opinión de MUÑOZ LORENTE, quien considera que esta conclusión es perfectamente compatible con la protección ofrecida en el ámbito civil, con lo cual podría llegarse a la misma conclusión por ambas vías¹⁰³. Si el fundamento de la responsabilidad civil se halla en la satisfacción del perjuicio causado¹⁰⁴, resulta admisible atribuir la responsabilidad ante conductas contrarias a la Ley y susceptibles de crear perjuicios, aunque éstos sean imposibles de probar atendiendo a la naturaleza del derecho al que afectan. Ahora bien, en caso de que se probara el extremo contrario, es decir, que debido a la verdad objetiva este perjuicio no hubiera existido, no podríamos seguir sosteniendo, de ninguna forma, el surgimiento de responsabilidad civil¹⁰⁵.

Pese a subsistir la posibilidad de aplicar responsabilidad civil en los casos de verdad objetiva-falsedad subjetiva, el fundamento mismo de esta clase de responsabilidad nos lo impide. MUÑOZ LORENTE agrega que hacer depender la responsabilidad civil y penal del sujeto de la

verdad objetiva es dejar esta cuestión al puro azar, ya que en el momento de la difusión el agente no sabía si era verdadera o falsa, o incluso la creía falsa¹⁰⁶. Este argumento resulta aceptable para fundamentar la necesidad de considerar al autor de esta conducta responsable en el ámbito penal, debido a que la responsabilidad en este marco se basa en el concepto de culpabilidad. En sede civil la situación es muy distinta ya que no puede haber obligación de reparar sin daño, y más aún, ante la imposibilidad de que se verifique un perjuicio. Lo dicho obligar a rechazar la obligación de resarcir civilmente en el supuesto en cuestión.

Cuestión distinta es la estimación del beneficio que se obtiene al considerar a la conducta en cuestión como un delito consumado, en lugar de darle la calificación jurídica de hecho atípico como prefiere la doctrina mayoritaria. Ya comprobamos que de esta situación no devendrá la aplicación de penas ni la obligación de resarcir civilmente. Lo cierto es que a pesar de ello, las diferencias que pueden derivarse a partir de una u otra situación son muy distantes. Resulta innegable que el prestigio de un informador, y de los medios de comunicación en general se basa en el grado de credibilidad que su imagen detenta ante la sociedad, credibilidad que no podrá dejar de verse afectada al darse a conocer la responsabilidad de estos agentes en la comisión de un delito de calumnias. Esta situación que favorecerá el cumplimiento de los objetivos propios del principio de prevención general, y más allá de ello, los propios de la prevención especial, incitará al responsable de esta conducta a no reincidir en su comisión. Por otro lado, y en virtud de los artículos 123 y 124 del Código Penal, al ser los informadores responsables del delito de calumnias deberán hacerse cargo de las costas

102. Ésta es la opinión de ASUA, quien considera que la presunción del perjuicio debe entenderse en este caso como una presunción de perturbación o afcción al bien jurídico tutelado y no como responsabilidad objetiva. ASUA, A.: "La tutela jurídica del honor...", ob. cit., pág. 37. En contra se expresa BOIX REIG quien entiende imprescindible la prueba de la concurrencia de los daños. BOIX REIG, J.: "La responsabilidad civil derivada del delito por lesiones del derecho al honor", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1984, pág. 142.

103. MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información...*, ob. cit., pág. 387.

104. Al respecto ver: LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A. y otros, en RIVERO HERNÁNDEZ, F. (ed.): *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1999, pág. 502. LÓPEZ, A., MONTES, V. L. y ROCA, E.: *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001, pág. 54. GARCÍA Amigo, M.: *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, pág. 25.

105. En opinión de O'CALLAGHAN MUÑOZ, en el ámbito civil, el concepto de ataque al honor presupone la falsedad de los hechos que se estiman difamatorios, si éstos fueran ciertos, podrá atentarse contra el derecho a la intimidad por divulgarse algo deshonroso y cierto que no se conocía. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Derecho al honor", en *Actualidad Civil*, Madrid, 1990, pág. 10. En estos casos podrá corresponder una indemnización para satisfacer los perjuicios causados a partir de la afectación a la intimidad pero nunca por los perjuicios causados al honor, ya que éstos no existieron.

106. MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información...*, ob. cit., pág. 387. Ver cita núm. 188.

del proceso, las cuales comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales, así como los honorarios de la acusación particular al tratarse la calumnia de un delito perseguible a instancia de parte¹⁰⁷.

Después de lo dicho, sólo nos resta enfatizar sobre la inconveniencia de considerar el criterio de la

verdad objetiva como determinante a la hora de otorgar responsabilidad por el delito de calumnias. Esta circunstancia quedó de manifiesto al comprobar que su utilización puede derivar tanto en una protección exagerada al derecho al honor, situación que se daba en el derecho anglosajón con anterioridad a la doctrina de la *actual malice*, como

107. Un extremo cuyo análisis puede resultar de interés se refiere a la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias a la pena del delito de calumnia. Las llamadas consecuencias accesorias son medidas complementarias a las penas que difieren en sus fundamentos tanto con las penas como con las medidas de seguridad ya que éste no se halla en la culpabilidad del autor ni en su peligrosidad, sino en diversas circunstancias que varían de acuerdo a las características de cada consecuencia y en su naturaleza que no parece ser propia del ámbito penal sino del civil o administrativo. En lo que respecta a las consecuencias accesorias contenidas en los artículos 127 y 128 del Código Penal, se tratan del comiso de los efectos utilizados para cometer el hecho delictivo y de las ganancias obtenidas. En el primer caso el fundamento vendrá determinado por la peligrosidad objetiva de los objetos implicados, en cuanto los mismos puedan volver a ser utilizados para cometer nuevos hechos delictivos. En el supuesto de comiso de las ganancias el mismo se fundamenta en la negativa valoración que tiene el derecho con respecto al enriquecimiento ilícito. Es con respecto a este último supuesto donde creemos se incardina la posible aplicación de consecuencias accesorias a la pena de calumnias. Es sabido que el negocio de los medios de comunicación se encuentra, en muchos casos, condicionado a la obtención de "exclusivas" o noticias relacionadas con los personajes de mayor actualidad. La avidez periodística por obtener estas noticias puede llevar, en muchos casos, a que la constatación de los hechos que van a publicarse no sea la debida, obteniendo a partir de ello cuantiosas ganancias indebidas. En este marco creemos que resultaría adecuado el comiso de las ganancias cuando, tal como lo establece el artículo 127 del Código Penal resulte de aplicación una pena prevista en este ordenamiento. El mencionado artículo al referirse al decomiso utiliza la expresión "ganancias provenientes del delito", de ahí en más, de la interpretación de dicho término dependerá la corrección de la aplicación de esta norma al delito de calumnias. Así, AGUADO CORREAS, plantea una diferenciación entre las ganancias "del delito" y las obtenidas "por el delito", manifestando que sólo las primeras quedarán incluidas en el artículo 127. En su opinión, esta interpretación viene confirmada por la previsión expresa del comiso en las dádivas, presentes o regalos en los delitos de cohecho y de malversación de caudales públicos (art. 431 CP), criticando a su vez esta decisión que se aparta del resto de los Códigos penales europeos. AGUADO CORREAS, T.: *El comiso*, Madrid, 2000, pág. 98. En nuestra opinión la expresión "provenientes del delito", no implica necesariamente que las ganancias tengan que deberse a la lesión misma del bien jurídico, sino que sean una consecuencia de ello, lo que inexcusablemente sucede en el delito que tratamos. A partir de esta conclusión debemos plantearnos diferentes cuestiones. Por empezar es necesario decir que como prevé el artículo 127 el principal destino que tendrán estos fondos será el de cubrir las responsabilidades propias del ámbito civil. No obstante ello, hay que remarcar que debido a la diferencia de fundamentos de ambas consecuencias jurídicas estas no se excluyen y queda justificada su mutua subsistencia. En el ámbito civil la indemnización se determinará en relación al perjuicio causado, mientras que las consecuencias accesorias, como dijimos tienden a evitar el enriquecimiento ilícito. Otra de las cuestiones a tratar será la diferenciación de la responsabilidad del informador de las del medio que publica la noticia. La responsabilidad penal, de acuerdo a su carácter personal corresponderá, en principio al informador que no fue diligente en la averiguación de la verdad. En todo caso, nunca podrá considerarse culpable de un delito de calumnias al medio informativo ya que en su carácter de persona jurídica carecerá de responsabilidad penal. En lo que respecta al ámbito civil, la Ley 1/1982 determina el carácter solidario de la responsabilidad civil frente a estos ilícitos. Nos resta analizar que sucede en el caso de las consecuencias accesorias. Como dijimos, las consecuencias accesorias no tienen carácter de pena, por lo que, si bien en principio se refieren sólo a las ganancias del autor, el fundamento basado en el enriquecimiento ilícito determinará que el decomiso pueda extenderse hasta las ganancias obtenidas por terceros en caso de que éstos no sean de buena fe, es decir, en el supuesto de que éstos fueran concientes del origen ilícito de los fondos o cuando hubieran sido negligentes con respecto a este conocimiento. GARCÍA VICENTE, F., SOTO NIETO, F. y otros: *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Barcelona, 1998, pág. 361. En lo que respecta a la aplicación de esta consecuencia accesoria al caso verdad objetiva-falsedad objetiva, la redacción del artículo 127 hará imposible su aplicación, ya que éste claramente limita la posibilidad de aplicación de las consecuencias cuando sea aplicada una pena. La aplicación de una exención objetiva de la pena, si bien deja latente la responsabilidad penal nos impide considerar el requisito de aplicación de una pena. Esta situación es criticada por la doctrina, que entiende que con esta redacción del artículo 127 se impide solucionar los problemas del Código derogado que, al considerar al comiso como una pena limitaba su aplicación a estos casos. Ampliamente al respecto: GRACIA MARTÍN, L. (coord.): *Las consecuencias jurídicas...* ob. cit., pág. 451. El artículo 129 prevé las consecuencias accesorias que resultan aplicables a las personas jurídicas. El fundamento de estas medidas se encuentra en el peligro de naturaleza objetiva de que estos entes puedan ser usados con fines ilícitos. Esta disposición no podrá ser aplicada al delito de calumnias toda vez que el mismo artículo 129 restringe su propia aplicación a aquellos tipos de la parte especial en los que el legislador expresamente lo haya previsto. No obstante ello, en la sentencia de 12 de enero de 1999 de la Audiencia Nacional, se decretó en virtud del artículo 129 del Código penal la Clausura de empresas que dieron lugar al cierre de un periódico y de una emisora radiofónica. Esta disposición fue posible por considerar que se trataba de asociaciones ilícitas (art. 520 C. P.), las que, por reunir dicho carácter carecen de derechos fundamentales, no siendo posible, por ello, privarles del derecho a la información.

en una protección insuficiente, que fue la que caracterizó a los delitos contra el honor hasta la reforma del Código penal de 1995. Así, un criterio de verdad subjetiva, donde lo fundamental sea el comportamiento diligente del informador, determinará

el límite del riesgo permitido al ejercicio a la libertad de información¹⁰⁸, presentándose, por ello, como la opción más adecuada tanto para la salvaguarda del derecho al honor como para la protección del derecho a la información.

108. ASUA, A.: "La tutela jurídica...", ob. cit., pág. 28. También al respecto: Fernández Palma, R.: *El delito de injurias*, Navarra, 2001, pág. 308.