

LA CONSTITUCION, EL HONOR Y EL ESPECTRO DE LA CENSURA PREVIA

FERNANDO PANTALEON

1. El 10 de mayo de 1996 publiqué en la *Revista Jurídica La Ley* un breve trabajo titulado "La Constitución, el honor y unos abrigos", entre cuyos lectores se ha encontrado el encargado del presente número monográfico, profesor J. J. Solozábal. Como me une a él una amistad a prueba de viajes en tren al amanecer a Albacete (y ha tenido la amabilidad de permitirme escribir sin aparato bibliográfico) no he podido negarme a su solicitud de que resumiese en esta sede mis ideas sobre el tema, ampliándolas en algún aspecto concreto. Y la cuestión que he elegido a este efecto, incitado por una aguda polémica que otro buen amigo, el profesor J. Alfaro Aguila-Real, ha mantenido con el profesor M. Carrillo en las páginas del diario "El País", hace referencia al apartado 2 del art. 20 de nuestra Constitución, a cuyo tenor, el ejercicio del derecho a comunicar libremente información —pues de libertad de información (hechos) únicamente vuelvo a hablar aquí; que no de libertad de expresión (opiniones, juicios de valor), terreno en el que profeso que ha de jugar sin cortapisas la mano invisible del mercado de las ideas— «no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa».

2. La idea fundamental del trabajo anterior consistió en la absoluta necesidad de *diferenciar los distintos remedios jurídicos* frente a las informaciones *objetivamente falsas* —porque frente a las informaciones objetivamente verídicas (y que no vulneren el derecho a la intimidad) no existe, ni debe existir, remedio jurídico alguno, por dañosas que pue-

dan resultar para la fama de aquel a quien se refieren, y por malévola y execrable que haya sido la intención de quienes las publicaron: éste es el sentido exacto del art. 20.1.d) de la Constitución— con el fin de establecer claramente el supuesto de hecho de cada uno de dichos remedios, así como su relevancia o irrelevancia para ser objeto de recursos de amparo. Partiendo del elenco siguiente:

Sanciones punitivas

Penas por calumnia o por injuria.

Comiso de las ganancias provenientes de dichos delitos; no sólo las obtenidas por el informador, sino fundamentalmente las que haya obtenido la persona física o jurídica titular del medio de información utilizado al efecto.

Remedios jurídico-civiles

Acción inhibitoria, dirigida a prohibir o a hacer cesar la publicación de la información objetivamente falsa.

Acción de retractación (*Widerruf*) de la información falsa o de rectificación (*Richtigstellung*) de la información equívoca, incompleta o de otro modo engañosa; a no confundir con la poco eficaz “rectificación” impropia o réplica (*Gegendarstellung*), que se regula en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo.

Acción declarativa de la falsedad de la información, con publicación de la sentencia a costa del informador.

Acción indemnizatoria: responsabilidad civil por los daños patrimoniales y morales causados por la intromisión ilegítima (1).

3. Y sobre tales sanciones y remedios hay que sostener:

a) La Constitución prohíbe que se impongan *sanciones punitivas* a los informadores (penas por calumnia o injuria) y los titulares de los medios de comunicación (comiso de los beneficios así obtenidos), si la publicación de la noticia difamatoria no se ha realizado “con conoci-

(1) Si se tratase de otros derechos de la personalidad, como el derecho a la propia imagen y, quizás, a la intimidad, figuraría entre los remedios jurídico-civiles la acción de enriquecimiento injusto (*condictio* por intromisión), al objeto de restituir al lesionado lo obtenido a su costa por el autor de la intromisión ilegítima. Y sólo el eventual beneficio restante sería, en caso de intromisión delictiva, objeto de comiso.

miento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad". Sin duda, las sentencias que impongan sanciones punitivas a los informadores o a los titulares de los medios de comunicación por causa de sus informaciones difamatorias podrán ser objeto de recurso de amparo, que deberá ser estimado en caso de que el tribunal penal no haya respetado la exigencia de aquel fundamental requisito subjetivo. Como tendrá que ser estimado, por violación del art. 18.1 de la Constitución, el recurso de amparo que interponga quien haya sido difamado mediando dolo, directo o eventual, del informador contra la sentencia penal firme absolutoria de éste (2).

b) Lo anterior no es trasladable a la *responsabilidad civil*, ya que, desconocida entre nosotros la institución de los "*punitive damages*" propia de los ordenamientos de *common law*, en modo alguno puede predicarse de aquélla que tiene función punitiva. En plena congruencia con ello, en sus Sentencias 72/1991, de 8 de abril; 257/1993, de 20 de julio; 367/1993, de 13 de diciembre y 56/1996, de 15 de abril, el Tribunal Constitucional ha dejado bien establecido que en materia de responsabilidad civil —incluso si derivada de delito y también para los daños no patrimoniales—, no es de aplicación el principio constitucional de presunción de inocencia, puesto que no se trata de una consecuencia punitiva; confirmando así una correcta línea jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que la referida presunción "siempre habrá de referirse a normas represivas o sancionadoras, pero el art. 1902 del Cc no tiene tal condición, pues la indemnización que establece tiene carácter de reparación o compensación" (sentencias de 28 de enero de 1983, 26 de julio de 1985, 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992, 2 de marzo y 23 y 28 de junio de 1993, 27 de septiembre y 23 de noviembre de 1994).

Y así las cosas, debe sostenerse, en contra de la práctica hoy reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, que *la disciplina legal y la práctica judicial sobre responsabilidad civil por daños causados por informaciones objetivamente falsas, bien establecido su carácter exclusivamente indemnizatorio, carecen de relevancia constitucional*. O dicho de otra manera: *en ningún caso deberán estimarse (o admitirse a trámite) recursos de amparo contra las decisiones judiciales que se limiten a imponer responsabilidad civil por los*

(2) En este punto no sobraría afirmar rotundamente, frente a los que continúan repitiendo la cantinela de que la pena y en especial las penas privativas de libertad, son improcedentes o inadecuadas en el ámbito que nos ocupa, que no sólo desde la perspectiva jurídico-constitucional, sino desde la más elemental de las valoraciones éticas, merece mucho más la cárcel quien lesiona dolosamente el honor o la intimidad ajenos, que el que dolosamente lesiona el derecho de propiedad de otro.

daños causados por informaciones objetivamente falsas, aunque en aquéllas se haya hecho abstracción plena de la cuestión de la diligencia o negligencia profesional de los informadores: tratándose de informaciones objetivamente falsas, las responsabilidades civiles sin culpa no son contrarias al artículo 20.1.d), ni a ningún otro de nuestra Constitución.

Cuestión distinta es que dichas responsabilidades civiles objetivas sean conformes con la legalidad ordinaria: distinta y discutible, dado el silencio que el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, guarda respecto del requisito común de la culpa o negligencia, que habría de extraerse de una implícita remisión a lo dispuesto en el art. 1902 del Cc. Y por si a alguien le interesa conocer cómo regularía yo esta cuestión:

i) Considero poco razonable en todo caso la responsabilidad objetiva de los *autores* de las informaciones falsas diligentemente contrastadas; opinión que mantendría también para los *directores* de los periódicos o programas en que se publicaron. Al menos una culpa leve de su parte ha de ser condición necesaria para hacerles responder civilmente del daño causado por tales informaciones.

ii) Juzgo también poco sensata la responsabilidad objetiva de los titulares de los medios de información cuando los perjudicados son *cargos o servidores públicos*; o *personajes públicos*: por haber participado voluntariamente en controversias o debates públicos, y en esa medida. En dichos supuestos, me inclino, antes bien, por imponer responsabilidad únicamente en los casos de conocimiento de la falsedad de la información o de temerario desprecio hacia la verdad. Por la misma razón que a un futbolista o a un corredor de fórmula 1 no se le ocurriría reclamar indemnización por los daños sufridos por conductas de los otros jugadores o corredores que, en un parque público o una carretera nacional, serían evidentemente negligentes: debe entenderse que los cargos y personajes públicos asumen voluntariamente el riesgo de resultar heridos en su honor por los informadores, fortuitamente o incluso por actuaciones que fuera de la arena política deberían considerarse negligentes. Ahora bien, no siendo tal asunción "voluntaria" del riesgo sino una manera de expresar lo que se juzga conmutativamente justo (es palmario que los personajes públicos preferirían que la ley no les endosara el riesgo en cuestión), ha de quedar abierta al legislador ordinario la opción de trasladarlo a los titulares de los medios informativos, incentivando así, si es preciso, la dedicación a la actividad política. Yo no lo haría; pero estimo que, para una responsabilidad civil no punitiva, dicha posibilidad cabe en el marco constitucional.

iii) En fin, creo perfectamente razonable la responsabilidad objetiva de los titulares de los medios de comunicación cuando los difamados son *simples particulares*, por más que involucrados en asuntos de interés para el público en general. Si se ha establecido, en la Ley 22/1994, de 6 de julio, que el fabricante de un producto defectuosamente elaborado responda civilmente de los daños que traigan causa del defecto de fabricación, aunque demuestre haber adoptado todas las medidas de cuidado y control económicamente razonables para evitarlo (arts. 1 y 3.2 de aquella Ley), sin que a nadie se le haya ocurrido argumentar que ello vulnera la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución; y si se ha llegado hasta el extremo de ello sea así para los medicamentos —productos de indiscutible interés general, cuyo adecuado flujo es fundamental para la existencia de demócratas—, incluso cuando el estado de los conocimientos científicos y técnicos al tiempo de su puesta en circulación no permitía descubrir el defecto (art. 6.3) y sin exceptuar las vacunas a pesar de sus evidentes externalidades positivas no íntegramente apropiables por sus fabricantes, ¿cómo cabría juzgar insensato que, por ejemplo, quien edita un periódico “defectuoso” por incluir una información objetivamente falsa, por más que diligentemente contrastada, haya de responder del daño que dicha información cause, no a cualquiera que pueda leerla —a fin de excluir, en la conocida frase del Juez Cardozo en *Ultrameres v. Touche*, la creación de una *liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class*—, sino sólo a la concreta persona a la que esa información falsa difama? ¿Cómo sostener, habida cuenta del carácter estrictamente compensatorio, no punitivo, de la responsabilidad civil en nuestro Derecho, que se trataría de una intolerable traba a la libertad de información? ¿Se puede acaso considerar injusto que quienes carguen con ese daño inevitable sean los accionistas de la sociedad dueña del periódico, o los que comprándolo manifiestan su interés en la información, y no el simple particular difamado? Puedo entender que alguien sostenga que cualquier precio (que los difamados tengan que pagar) es pequeño para que el público pueda estar extensa y pluralmente informado de todo aquello que le interesa; pero no, desde luego, que eso sea algo que nuestra Constitución imponga.

c) Y si del remedio civil indemnizatorio pasamos a los remedios civiles defensivo-reintegradores, esto es, a las *acciones inhibitoria, de retractación y declarativa*, deberá ser obvio que dichos remedios proceden contra las informaciones difamatorias objetivamente falsas, y el art. 18.1 de la Constitución impone su estimación contra esa clase de informaciones, por más que los informadores hayan actuado al obtenerlas y publicarlas con la más exquisita de las diligencias profesionales.

Discutible resulta, en cambio, la fundamental cuestión de la carga de la prueba de la veracidad o falsedad de la información. A mi juicio, habida cuenta de la enorme dificultad de demostrar los hechos negativos, *el art. 18.1 de la Constitución reclama, si no la general inversión de la carga de la prueba a favor del difamado demandante, sí, al menos, la imposición al informador demandado de una intensa carga de colaboración en esa tarea probatoria; que justificará la estimación de la demanda si el informador se escuda en el puro silencio, negándose a revelar las fuentes o datos en que ha basado su información. Por otra parte, en los casos en que del material probatorio no resulte patentemente la falsedad de la información, pero tampoco nada sólido que sustente su veracidad, deberá poder el difamado obtener, bien una retractación limitada —manifestación del informador de que no puede mantener lo que publicó—, bien una declaración judicial de que no hay dato alguno que respalde la veracidad de la información, con publicación de la sentencia a costa del informador condenado. Todo ello —insisto—, aunque el informador hubiera actuado al publicarla con la debida diligencia profesional por tener entonces visos de veracidad luego retrospectivamente disipados.*

4. Fácilmente se comprende que las posiciones sustentadas en el apartado precedente son radicalmente incompatibles con la reiterada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (o si se quiere, con la forma común de entender su jurisprudencia) en el sentido de que el adjetivo “veraz” que califica a la información en la letra d) del art. 20.1 de la Constitución no requiere la verdad objetiva de los hechos narrados, sino únicamente la utilización de la debida diligencia profesional en su verificación: que la libertad de información está constitucionalmente protegida y debe prevalecer sobre el derecho al honor, no sólo cuando la información (sobre hechos con relevancia pública) que difama a una persona o la hace desmerecer en la consideración ajena es objetivamente verdadera, sino también cuando resulta ser falsa a pesar de haber empleado el profesional la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto, en el debido contraste de la información que deshonor a la persona a que se refiere. Resulta evidente que, llevando tales premisas a sus lógicas consecuencias, no sólo serían inconstitucionales cualesquiera responsabilidades civiles objetivas de los informadores y los titulares de medios informativos, sino que se llegaría hasta la enormidad de considerar que vulnerarían el repetido art. 20.1.d) de la Norma Fundamental las sentencias que estimaran las acciones de retractación de las informaciones objetivamente falsas, o las acciones declarativas de su falsedad, por el solo hecho de que los informadores demandados hubieran cumplido sus deberes de diligencia profesional al contrastar las informaciones en cuestión.

Se comprenderá, así las cosas, que haya reclamado una radical modificación o, al menos, clarificación de la jurisprudencia constitucional, a fin de dejar bien establecidas las tesis siguientes:

i) *Información "veraz" en la letra d) del art. 20.1 de la Constitución significa información objetivamente verdadera.*

ii) *Las informaciones objetivamente falsas —objetivamente perniciosas como son para la formación de la opinión pública— no gozan de protección constitucional.* Cuestión diferente es que una punición desorbitada de dichas informaciones, cuando no dolosas, pueda ser inconstitucional, en cuanto irrazonablemente inhibidora de los flujos de informaciones veraces. Sólo en este sentido cabría afirmar que algunas informaciones falsas participan reflejamente de la protección del art. 20.1.d) de la Constitución. Sólo en ese sentido, si no se quiere privar de cualquier significado razonable a la especial mención del honor en el apartado 4 del mismo artículo constitucional.

iii) *El art. 18.1 de la Constitución impone la estimación de las acciones inhibitorias y de retractación de las informaciones difamatorias objetivamente falsas, con absoluta independencia de la diligencia o negligencia del informador; informaciones esas, que han de calificarse de "intromisiones ilegítimas" a los efectos de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; y frente a las que cabrá, en su caso, la legítima defensa del difamado.*

5. Bien sentado lo anterior, afrontemos ya la cuestión de la censura previa. Y desgraciadamente, parece necesario comenzar manifestando lo que debería resultar evidente: que "censura previa" es condicionar la publicación de una información al previo plázet de la autoridad; pero no lo es, en absoluto, que un juez, a solicitud de la persona que de otro modo resultaría seriamente perjudicada (o en su caso, del Ministerio Fiscal), prohíba la publicación de una información difamatoria objetivamente falsa o lesiva del derecho a la intimidad personal. Tachar a esto de "censura previa" —como se hace con demasiada frecuencia desde muchos medios, y no sólo informativos, desenterrando en ocasiones al tiempo el cadáver de cierto militar ferrolano de alta graduación—, es ignorancia jurídica crasa o deliberada maniobra de confusión.

Lo que no deja de sorprenderme es la cantidad de gente de buena fe que parece comulgar con esa rueda de molino. ¿Cómo es posible que aquello que (salvo excepciones fruto de la escasez de las lecturas más elementales) se considera perfectamente natural al objeto de proteger la propiedad industrial o la leal concurrencia en el mercado —que los jueces otorguen tutela inhibitoria cautelar frente a un riesgo inminente de vulneración de aquella propiedad o de realización de un acto de competencia desleal, también si por causa de una informa-

ción denigratoria (cf. arts. 133-139 de la Ley de Patentes; art. 40 de la Ley de Marcas; art. 25 de la Ley de Competencia Desleal)— se considere aberrante respecto de los bienes de la personalidad constitucionalmente garantizados por el art. 18.1 de la Constitución? ¿Cómo explicar la absoluta ceguera valorativa que supone que se juzguen dignas de mayor y mejor protección jurídica una patente, una marca o la clientela de un empresario que el honor o la intimidad personal?

Con el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 en la mano, y conforme a las exigencias del tan repetido art. 18.1 de la Ley Fundamental, resulta indudable que *la autoridad judicial puede y debe impedir, prohibiéndola tras un procedimiento sumarísimo, la publicación de toda información cuya divulgación constituiría una intromisión ilegítima en el honor o en la intimidad de una persona*. Naturalmente, y por volver a centrar la atención en el más polémico terreno del derecho al honor, el juez deberá otorgar esa tutela inhibitoria sólo cuando tenga la razonable seguridad de que se trata de una información difamatoria objetivamente falsa. Y en principio —como ya hemos advertido más arriba, pensando fundamentalmente en este tipo tan radical de tutela—, *la carga de la prueba de la falsedad corresponderá a aquel que solicite la prohibición de la publicación; sin perjuicio de que las maniobras de ocultación o distracción por parte del informador puedan ser bastantes para convencer al juez de la falsedad de la información difamatoria* (3).

Pero tendría que ser evidente que el ordenamiento jurídico de un Estado mínimamente racional no puede dejar a un ciudadano inerte —o sin más arma que la de la violencia legítima en defensa propia— frente a la inminente publicación de una información falsa que destrozaría su buen nombre, por graves que fueran las sanciones *ex post* previstas para los informadores mendaces o profesionalmente impresentables. Y que es insensato confiar más en la autorregulación de los consejos de redacción de los medios informativos que en la prudencia jurídica de nuestros jueces: los consejos de redacción sólo protegerán el honor y la intimidad de los perjudica-

(3) Una adecuada regla de cierre sería, probablemente, que las dudas se resolvieran a favor de la no prohibición de la publicación, cuando el sujeto sobre el que la información verse sea un personaje público, y en favor de la prohibición, en caso de difamación de un simple particular.

Pero sería, en mi opinión, un grave error, además de seguramente inconstitucional, denegar en todo caso a los personajes públicos la tutela inhibitoria cautelar de su derecho al honor. Es importante no olvidar que los buenos servidores públicos —que normalmente no muestran el más mínimo apego al cargo cuando su honorabilidad resulta cuestionada— constituyen un capital social extraordinariamente valioso.

dos por las informaciones sometidas a su consideración en la medida en que el coste previsible de la intromisión exceda de su previsible beneficio para el titular del medio informativo, del que depende su bienestar económico. El buen consejo de redacción es simplemente aquel que no limita sus análisis de costes-beneficios a las datos puramente financieros, sino que considera también el prestigio del medio, aunque no se traduzca inmediatamente en más lectores o mayores ingresos por publicidad.

Oscuros son los tiempos en que lo escrito hasta aquí debe ser recordado. O en que, a tenor de lo que uno tuvo que leer y oír con ocasión del cierre del diario "Ya", parece que el Estado de Derecho sufre mucho más por la desaparición de un periódico —es decir, porque cierto empresario ya no logra obtener beneficios a causa de que su producto informativo ha dejado de ser atractivo para aquellos a quienes debe servir la libertad de información (4)— que por el cierre, por falta de recursos, de un centro público para el cuidado de niños autistas en cierto barrio obrero de Madrid; cuando debería ser obvio que no merece existir un Poder Público que no sirva al menos para paliar las desigualdades que genera la cruel Lotería de la Naturaleza.

Y en los tiempos oscuros, quienes gozamos del privilegio de poder escribir y publicar con independencia tenemos la obligación de ser especialmente claros.

Nada grave le ocurriría a la Constitución, a la Democracia o al Estado de Derecho porque un día un periódico apareciera con un recuadro negro en el lugar en que un juez esté convencido de que iba a publicarse una información difamatoria objetivamente falsa o una noticia que violaría el derecho a la intimidad de una persona. Cabalmente lo contrario: algo extremadamente grave le ocurriría a la Constitución, a la Democracia y al Estado de Derecho de un país en que los jueces tuvieran que cerrar los ojos mientras se destroza con una noticia falsa el honor de cualquier persona (y más aún, si ésta no goza de fácil acceso a otros medios de información) o se exponen ante circo público sus circunstancias más íntimas, a la espera de examinar posteriormente con la calma necesaria si el informador observó, o no, sus deberes de diligencia profesional.

Y con aquel que alce contra estas obviedades el espectro de la censura previa, no se puede ni tomar café. Exactamente igual que con

(4) Uno lamenta, naturalmente, la situación de los que trabajaban en el diario en cuestión; pero ni más ni menos que la de los trabajadores de la última ferretería que haya quebrado.

quien no esté dispuesto a jugarse algo muy importante para que el "buen nombre" de los poderosos no pueda coartar jamás la publicación de *la verdad* sobre ellos; o para que las tesis que aquí se han mantenido, y las radicalmente contrarias, puedan siempre defenderse en la luminosa plaza pública entre cuyos soportales se desliza el espíritu gigante de Voltaire.