

“El problema de la obtención ilícita del conocimiento en el delito de calumnia”

Marina Sanz-Díez de Ulzurrun LLuch
Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. “EL TEMERARIO DESPRECIO HACIA LA VERDAD” EN EL DELITO DE CALUMNIA: 1. La doctrina constitucional sobre la veracidad como presupuesto para la protección del derecho a la información. 2. “El temerario desprecio hacia la verdad” en el delito de calumnia. 2. 1. La teoría de la inveracidad subjetiva. 2. 2. “El conocimiento de la falsedad” y “el temerario desprecio hacia la verdad” como referencia objetiva-subjetiva. 2. 2. 1. La referencia a la “verdad” contenida en el tipo de calumnia”. 2. 2. 2. El sentido de la expresión “temerario desprecio”. III. LOS PROBLEMAS DEL CONOCIMIENTO ILÍCITAMENTE OBTENIDO: 1. Supuestos de obtención del conocimiento por medios ilícitos. 2. Supuestos de obtención del conocimiento por medios que implican vulneración de derechos fundamentales.

I. PLANTEAMIENTO

El objeto del presente trabajo es la cuestión sobre si la imputación a una persona de un delito, cuyo conocimiento se ha obtenido, a su vez, a través de medios que son ilícitos o, incluso, delictivos constituye, o no, una verdadera intromisión ilegítima en el derecho al honor de la persona a la que se atribuye el delito y/o, en su caso, un delito de calumnia ¹. Para aclarar el problema que se pretende plantear y enmarcar las posibles vías para su solución conviene tomar como punto de partida algún ejemplo extraído de la práctica.

El caso del que voy a partir constituye el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1069 / 1998 (Sala de lo Civil), de 15 de noviembre, y se planteó en la jurisdicción civil, pero muy bien se podría haber planteado en la jurisdicción penal. Los hechos, en síntesis, son los siguientes: un

¹ En nuestro Ordenamiento jurídico, la protección del derecho al honor se articula a través de una doble vía. Por un lado, la vía civil, derivada de la LO 1 / 1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que ampara frente a las intromisiones ilegítimas en este derecho. Por otro lado, la vía penal, a través de los delitos contra el honor tipificados en el Título XI del Código penal: calumnia (artículo 205) e injuria (artículo 208). La imputación de hechos delictivos puede encajar en el tipo de calumnia, definido en el artículo 205 del Código penal como: “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad”-, o en el concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor, definido en los artículos 2 y 7 de la LO 1 / 1982. Por otro lado, el artículo 1.2 de la citada Ley dispone: “El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta ley”, de forma que la elección entre la vía civil o la vía penal queda a la decisión del interesado que puede optar indistintamente por una o por otra.

conocido Diario de tirada nacional publica una noticia en la que se afirma que “T... & T...”, despacho de abogados con residencia en Gibraltar, estaba siendo investigado por el Juez Garzón, en relación con un delito de blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico. Los abogados afectados interpusieron demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor, al amparo de Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid. En el curso del procedimiento se acreditó que el periodista que publicó la noticia había llegado a su conocimiento por unas declaraciones de uno de los implicados en el sumario 13 / 90 (“Operación Nécora”), seguido en el Juzgado de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, que imputaba al citado despacho la recepción de cantidades de dinero procedente de operaciones de narcotráfico; declaraciones que determinaron, en su día, la apertura de una investigación al respecto, en la que el mencionado Juzgado interesó el registro e incautación de la documentación del referido bufete de abogados.

El Tribunal de instancia estima la demanda, condenando al periódico a indemnizar a los abogados con diez millones de pesetas y a publicar la sentencia condenatoria; y el medio de comunicación y el Ministerio Fiscal recurren en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Contra esta resolución, los abogados inicialmente demandantes interponen recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 15 de noviembre de 1998, estima el recurso, casa y anula la sentencia de apelación, confirmando íntegramente la de instancia, por entender que: “El texto publicado pondría en evidencia una conducta que puede ser delictiva y excede de la órbita meramente profesional, afectando al honor personal de los abogados del Despacho, lo que supone una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Y [...] la información publicada no cumple el requisito de la veracidad al no haber sido «rectamente obtenida», pues tiene su fuente de conocimiento en actuaciones obrantes en un sumario en tramitación, lo que supone un medio de obtención «tortícero», independientemente de que el resultado final de la investigación penal viniese o no a corroborar el contenido de la información. [...]”.

Frente a esta sentencia, el medio de comunicación condenado recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, argumentando que la resolución impugnada vulnera su derecho a comunicar y difundir información veraz [artículo 20.1 d) CE], al realizar una interpretación del requisito de veracidad que no se ajusta a los criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 158 / 2003, de 15 de septiembre, concede el amparo solicitado, estimando que la procedencia ilegítima de la información no afecta a su veracidad y que, por ello, ésta debe estimarse constitucionalmente protegida. En consecuencia, reconoce el derecho de los demandantes a comunicar libremente información veraz y anula la Sentencia de la Sala de lo Civil del

Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1998, en los términos y con los argumentos que, más adelante, serán analizados con detalle ².

Este supuesto, en el que la información difundida se ha obtenido vulnerando el secreto de un sumario en tramitación y, por ello, por un medio ilícito, puede servir como punto de partida; pero se podrían poner otros ejemplos. Pensemos que el conocimiento del delito, que posteriormente se imputa, se obtiene a través de unas escuchas o grabaciones ilegales, realizadas en el curso de una investigación policial, o a través de una confesión obtenida empleando tortura, cuyo contenido se filtra a la prensa que, con conocimiento del origen ilícito del dato, publica la noticia. En estos otros casos, el medio empleado para obtener el conocimiento no sólo es ilícito, sino que implica vulneración de derechos fundamentales y, en sí mismo, es delictivo ³.

Pues bien, como se deduce del ejemplo inicialmente propuesto, en la praxis de nuestros Tribunales, la solución a los problemas que plantea la difusión de un conocimiento que ha sido ilícitamente obtenido se está haciendo depender de la interpretación del requisito de veracidad que el artículo 20.1 d) de la Constitución establece como presupuesto para el legítimo ejercicio de la libertad de información y como condición para la protección de este derecho en su eventual conflicto con otros derechos fundamentales, entre ellos, el derecho al honor. Presupuesto y condición que el legislador de 1995 ha pretendido incorporar, si bien negativamente, a la definición del delito de calumnia a través de la expresión “conocimiento de la falsedad o *temerario desprecio hacia la verdad*”. Por ello, para determinar si el sujeto que imputa a otro un delito, a cuyo

² Un supuesto muy similar al expuesto puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 64 / 1998 (Sala de lo Civil), de 5 de febrero, que, posteriormente, da lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 54 / 2004, de 15 de abril. El caso trae su origen en un artículo publicado en el diario “Claro”, en el que se daba cuenta de una acusación vertida contra don E.M.H., según la cual éste se vería implicado en un caso de corrupción y tráfico de influencias. En la portada del diario aparecía el siguiente titular en grandes caracteres: “M. [foto] ¿Untado con 45 millones?”. Debajo del titular, en caracteres más reducidos, se decía: “¿Y 10 para su amante?”. Encima del titular podía leerse: “Un Juez de Valencia envía el caso al Supremo”. También en portada se incluía la noticia en la que se relataban los hechos. El Sr. M.H. interpuso demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor, alegando, entre otras razones, el origen ilícito de la información difundida, que había sido obtenida vulnerando el secreto de un sumario que se encontraba en tramitación. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación, interponiéndose finalmente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que estima la pretensión del recurrente, casa y anula la sentencia de apelación, y condena al medio de comunicación por intromisión ilegítima en derecho al honor del Sr. M.H., al pago de 50 millones de pesetas en concepto de indemnización y a la difusión del contenido de la sentencia. El periódico condenado recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional que, en Sentencia de 15 de abril de 2004, concede el amparo solicitado y anula la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998.

³ También pueden plantearse supuestos en los que un particular, que se siente víctima de un delito o por otra razón, utiliza aparatos de escucha o grabación con la finalidad de obtener pruebas y, en efecto, consigue un documento gráfico o de otro orden del que se deriva la efectiva comisión del delito. Sobre la base de este conocimiento presenta la correspondiente denuncia y / o da traslado de ese documento a la prensa, que publica la noticia y difunde el contenido de la grabación. No obstante, el problema que se plantea en estos casos es la propia ilicitud de la conducta inicial y su eventual carácter delictivo.

conocimiento ha llegado por medios que son ilícitos, realiza, a efectos civiles, una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la persona imputada, o, a efectos penales, un delito de calumnia, es necesario analizar el contenido del requisito de veracidad impuesto por el artículo 20.1 d) de la Constitución y el contenido de la expresión “temerario desprecio hacia la verdad”, recogido en la actual definición del delito de calumnia, que pretende reflejarlo. En lo que sigue, la exposición se dividirá en dos partes: la primera dedicada al estudio de la expresión “temerario desprecio hacia la verdad”; la segunda, a los problemas del conocimiento ilícitamente obtenido.

II.- “EL TEMERARIO DESPRECIO HACIA LA VERDAD” EN EL DELITO DE CALUMNIA

La calumnia está definida en el actual artículo 205 del Código penal, dentro del Título XI relativo a los delitos contra el honor, en los siguientes términos: “Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. La redacción del precepto procede del Código Penal de 1995 que introduce una nueva fórmula legal - “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”-, en la tipificación de esta conducta ⁴. La citada expresión, que también se utiliza para caracterizar una de las modalidades de injurias (aquellas que consisten en la imputación de hechos) y en la definición del delito de acusación y denuncia falsas ⁵, está suscitando graves problemas interpretativos en orden a fijar su contenido.

Parece, y sobre este punto existe cierto consenso entre los autores, que la finalidad perseguida por legislador de 1995, con la nueva definición del delito de calumnia, era trasvasar a la legislación penal positiva la doctrina de la veracidad desarrollada por el Tribunal Constitucional en la resolución de los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de información ⁶. En este sentido, es preciso

⁴ El Código Penal de 1973 definía la calumnia en el artículo 453 y disponía: “Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio”.

⁵ El artículo 208.3 recoge el requisito de “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como condición para que las injurias consistentes en la imputación de hechos tengan la condición de graves y, por ello, resulten constitutivas de delito. Por su parte, el artículo 456, ubicado en el Título XX del Código Penal tipifica, entre los delitos contra la Administración de Justicia, el delito de acusación y denuncia falsas y dispone: “Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados [...]”. La nueva expresión legal también aparece en el artículo 510.2, al definir las injurias contra grupos sociales y asociaciones.

⁶ Cfr. desde puntos de vista divergentes, los siguientes autores: VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 343; LAURENZO COPELLO, “Los especiales elementos subjetivos de los delitos contra el honor”, en VARIOS, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1329-1390; SALVADOR CODERCH, *Prevenir*

aclarar que el problema que está detrás de cualquier regulación de los delitos contra el honor, condicionado la interpretación de sus elementos, es siempre la cuestión sobre los límites entre dos derechos fundamentales que, como regla, entran en conflicto en estas situaciones: por un lado, el derecho al honor, reconocido en el artículo 18 de la Constitución, que es el bien jurídico objeto de protección en estos delitos; por otro lado, la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir información veraz, reconocidos en el artículo 20 del mismo texto legal, que también tienen el carácter de derechos fundamentales y resultan afectados por cualquier regulación de los delitos contra el honor. Como estos dos derechos, ambos de carácter fundamental, se delimitan recíprocamente, un objetivo básico que debe perseguir el legislador penal, al tipificar las infracciones contra el honor, es otorgar una eficaz protección a este derecho; pero, respetando al mismo tiempo el espacio necesario para dotar de eficacia al legítimo ejercicio de las libertades de expresión e información.

Desde esta premisa, resulta natural que el legislador de 1995 haya pretendido incorporar a la legislación penal positiva los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional en la interpretación de los límites respectivos entre estos dos derechos y lo haya hecho al definir el comportamiento punible. Criterios que, por otra parte, ya operaban antes en el tratamiento penal de estos supuestos; si bien, por la vía de la aplicación de la eximente de legítimo ejercicio de un derecho, en relación con las libertades de información y expresión, reconocidas en el artículo 20 de la Constitución.

Por todo ello, antes de proceder al análisis del significado de la nueva expresión legal, conviene comenzar exponiendo, aunque sea de forma sucinta, la referida doctrina constitucional sobre los límites entre el derecho al honor y las libertades de información y expresión, en la que aquella tiene su origen.

1. La doctrina constitucional sobre la veracidad como presupuesto para la protección del derecho a la información

El Tribunal Constitucional, a la hora de establecer los límites recíprocos entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, parte del carácter fundamental que tienen ambos derechos, lo que significa que no se encuentran en una relación jerárquica, sino en una posición de igualdad de rango, que obliga a resolver los conflictos entre ellos mediante una ponderación de intereses, caso por caso⁷.

Desde este planteamiento, el Tribunal Constitucional invierte el tradicional criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la CE⁸, entendía que el citado precepto venía a establecer el

y castigar: Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 71 y ss.

⁷ STC 104 / 1986, de 17 de julio.

⁸ El artículo 20.4 de la Constitución dispone: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y,

derecho al honor como un límite expreso a los derechos y libertades reconocidos en el artículo 20, entre ellos, la libertad de expresión y el derecho a comunicar y difundir información veraz; con la consecuencia de que, en las situaciones de conflicto entre estos derechos y libertades, hacía prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de información y expresión⁹.

Frente a este criterio, el Tribunal Constitucional, en situaciones de conflicto, otorga preferencia a la libertad de expresión e información; y lo hace en virtud de la doble faceta que reconoce a estos derechos y libertades, que no sólo son derechos individuales y subjetivos, como es el derecho al honor, sino que, además, desempeñan una función institucional de trascendental importancia. En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que la libertad de información constituye la garantía de una institución política fundamental: la formación de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político que es un valor esencial y pilar básico del Estado democrático. Esta dimensión institucional, de la que carece el derecho al honor, otorga a la libertad de información y expresión un valor que trasciende al que es común y propio de todos los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho al honor, y justifica su posición prevalente frente a éstos en caso de conflicto¹⁰.

especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

⁹ La inversión de este criterio tradicional se produce claramente a partir de la STC 104 / 1986, de 17 de julio, que sostiene que la libertad de información, en tanto derecho de carácter fundamental, no debe quedar siempre supeditada al derecho al honor, afirmando lo siguiente: “El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el artículo 18.1 de la Constitución es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1 1 a)] y / o del de la libertad de comunicar información, por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)], resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria casuística ponderación entre uno y otras.” (FJ 5).

¹⁰ En este sentido, la referida sentencia 104 / 1986, de 17 de julio, apoyándose en otras anteriores (SSTC 12 / 1982, de 31 de marzo; y 6 / 1981 de, de 16 de marzo), continúa: “Es cierto que el Derecho al honor es considerado en el artículo 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del artículo 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del artículo 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento a favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del artículo 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado Democrático» (Sentencia del Tribunal Constitucional 12 / 1982, de 31 de marzo). Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor; o dicho con otras palabras, el hecho de que el artículo 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas, y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática» (Sentencia del Tribunal Constitucional 6 / 1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del artículo 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos

Ahora bien, según la doctrina constitucional, esta posición preferente de la libertad de información y expresión ni es absoluta, ni significa dejar vacíos de contenido otros derechos fundamentales que pueden resultar afectados por la información difundida, sino que, por el contrario, se restringe a aquellas informaciones que cumplen dos condiciones o requisitos: a) interés público de la noticia; y b) veracidad, en el caso del derecho a la información, o proporcionalidad, en el caso de la libertad de expresión. Sólo aquellas informaciones que cumplen esta doble condición desempeñan la función institucional (formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático), que justifica el valor preferente del derecho a la información en su colisión con otros derechos fundamentales ¹¹.

Esta doctrina constitucional, que establece las condiciones y límites para que el derecho a la información goce de una especial protección, se inicia con las sentencias 6 / 1988, de 5 de febrero; 105 / 1990, de 5 de julio; y 171 / 1990, de 30 de noviembre, y se desarrolla en una abundante jurisprudencia posterior que perfila el contenido de los citados criterios.

A) El requisito del *interés público* de la noticia encuentra su fundamento en la finalidad del derecho a la información, ya que sólo resultan relevantes para la formación de la opinión pública, aquellas informaciones que, por el carácter público de la persona a la que se refieren o por el asunto sobre el que versan, resultan de interés general; cuestión que debe valorarse de forma distinta en atención a la condición pública o privada de los implicados en el hecho, dado que, respecto a estos últimos, se reconoce un ámbito superior de privacidad. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional sostiene que es preciso diferenciar el interés público de aquello que meramente suscita la curiosidad pública ¹².

B) El requisito de *veracidad*, con idéntico fundamento que el anterior y expresamente establecido en el artículo 20.1 d), no se interpreta como una exigencia de verdad material, objetiva y absoluta de la información divulgada, que, a juicio del Tribunal Constitucional, haría inviable el efectivo ejercicio del derecho a comunicar información y obligaría, como única garantía de seguridad jurídica, al silencio. En otro sentido, y con la finalidad de garantizar la efectividad de este derecho, el requisito de veracidad se interpreta como la exigencia de un especial deber de diligencia, que incumbe al informador, en la comprobación y contraste de los datos, previo a la difusión de la noticia ¹³.

fundamentales" (FJ 5). En el mismo sentido, cfr. SSTC 106 / 1986, 159 / 1986, 107 / 1988, 171 / 1990.

¹¹ Cfr. SSTC 6 / 1988, 105 / 1990, 171 / 1990, 172 / 1990, 197 / 1991, 40 / 1992, 85 / 1992, 40 / 1992, 232 / 1992, 240 / 1992, 15 / 1993, 178 / 1993, 41 / 1994, 320 / 1994, 76 / 1995, 6 / 1996, 28 / 1996, 3 / 1997, 144 / 1998, 197 / 1998, 134 / 1999, 192 / 1999, 21 / 2000, 110 / 2000, 297 / 2000, 282 / 2000, 2 / 2001, 148 / 2001, 46 / 2002, 25 / 2002, 46 / 2002, 52 / 2002, 148 / 2002, 185 / 2002, 232 / 2002, 14 / 2002, 14 / 2003, 127 / 2003, 54 / 2004 y 61 / 2004, entre otras resoluciones.

¹² Cfr. SSTC 105 / 1990 y 171 / 1990, entre otras.

¹³ Cfr. SSTC 6 / 1988, 171 / 1990, 172 / 1990, 197 / 1991, 40 / 1992, 85 / 1992, 40 / 1992, 232 / 1992, 240 / 1992, 15 / 1993, 178 / 1993, 41 / 1994, 320 / 1994, 76 / 1995, 6 / 1996, 28 / 1996, 3 / 1997, 144 / 1998, 197 / 1998, 134 / 1999, 192 / 1999, 21 / 2000, 110 / 2000, 297 / 2000, 282 / 2000, 2 / 2001, 148 / 2001, 46 / 2002, 25 / 2002, 46 / 2002, 52 / 2002, 148 / 2002, 185 / 2002, 232 / 2002, 14 / 2002, 14 / 2003, 127 / 2003, 54 / 2004 y 61 / 2004, entre otras. Esta doctrina de la

En coherencia con ello, el Tribunal Constitucional sostiene que gozan de protección constitucional, en su conflicto con el derecho al honor, todas aquellas informaciones que han sido “rectamente obtenidas”, es decir, debidamente contrastadas y comprobadas, aunque en el momento de su difusión resultasen controvertibles o, incluso, aunque finalmente resulten falsas. Y, en sentido contrario, priva de protección a aquellas informaciones que no van precedidas de una diligente labor de comprobación y contraste, frente a las cuales debe prevalecer el derecho al honor¹⁴.

En cuanto al deber de diligencia, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo afirmado, el Tribunal Constitucional señala que: “se sitúa en el espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores o meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas e infundadas”¹⁵, sin que pueda precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trata¹⁶. Sin embargo, sí establece el Tribunal algunos criterios que deben tomarse en cuenta para determinar su cumplimiento y afirma: a) que no exige la verdad *ex post*, sino la verosimilitud *ex ante*¹⁷, ni tampoco es necesaria una investigación exhaustiva (*ex ante*) previa a la emisión de la noticia, sino que basta con una verificación razonable¹⁸; b) que debe medirse conforme a la diligencia que es exigible a un profesional de la información¹⁹ y adquiere su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga puede afectar, por su contenido, al honor de una persona²⁰; c) que también debe valorarse cuál es el objeto de la información, pues no es lo mismo la presentación de hechos que el

veracidad tiene su origen en la doctrina de la *actual malice* del Tribunal Supremo Federal Norteamericano, a la que se hará posterior referencia (cfr. SALVADOR CODERCH, *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, loc.cit., pp. 71 y ss.; VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, loc. cit., p. 343).

¹⁴ En este sentido, la STC 6 / 1988, de 5 de febrero, afirma: “La comunicación que la Constitución protege es, de otra parte, la que transmita información *veraz*, pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso. Cuando la Constitución requiere que la información sea *veraz* no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio–, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como *hechos* haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la *verdad* como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”.

¹⁵ STC 28 / 1996.

¹⁶ SSTC 240 / 1992, 28 / 1996, entre otras.

¹⁷ STC 6 / 1998.

¹⁸ STC 143 / 1991.

¹⁹ SSTC 21 / 2000, 46 / 2002, 52 / 2002, 140 / 2002, entre otras.

²⁰ SSTC 240 / 1992; 178 / 1993, 28 / 1996, 192 / 1999, entre otras.

medio asume como propios que la transmisión neutra de las manifestaciones de otros ²¹; d) de igual modo, ha de medirse el respeto al principio de presunción de inocencia, no presentando como culpable a quien todavía no ha sido condenado ²²; e) y, por último, remite a otros posibles criterios como son el carácter noticioso del hecho y las posibilidades efectivas de contrastarlo ²³.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional señala que la prueba de la veracidad: “no puede consistir en la prueba de que lo narrado es cierto, dado que el canon de veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de la prueba no son los hechos narrados, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se puede inferir la verosimilitud de los hechos narrados” ²⁴; con lo que se desplaza el objeto de la prueba desde la verdad objetiva del hecho narrado (contenido de la noticia), a los medios o formas empleados para obtener la información, lo que, a juicio del Tribunal, supone tener en cuenta si la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen seria, fidedigna y fiable ²⁵, sin que baste la remisión a fuentes indeterminadas o genéricas ²⁶.

C) En tercer lugar, el Tribunal Constitucional distingue entre la libertad de expresión y la libertad de información. Así, mientras el requisito de la relevancia pública resulta exigible para el legítimo ejercicio de ambas libertades; el requisito de veracidad sólo afecta a la libertad de información y, más específicamente, a aquellas informaciones que consisten en la divulgación de hechos. En otro sentido, respecto a los juicios de valor u opiniones del informador que, por su propia naturaleza, ni pueden ser verdaderos o falsos ni se pueden probar, el Alto Tribunal sostiene que no cabe imponer deber alguno de comprobación y contraste. Respecto a ellos, establece como límite un principio distinto: el principio de *proporcionalidad o necesidad*, concebido como una prohibición de exceso que exige que el ejercicio de la libertad de expresión sea necesario, adecuado y proporcionado a su finalidad y, por ello, a la protección que se otorga ²⁷.

En definitiva, y a los efectos que aquí interesan, el Tribunal Constitucional hace depender la especial protección del derecho a la información, cuando éste se refiere a noticias que consisten en la imputación de un hecho, del cumplimiento de un doble requisito: relevancia pública y veracidad, con el efecto de desvincular la protección de la información de la verdad material o plena correspondencia con los hechos, vinculándola al cumplimiento de un deber de diligencia en la comprobación y contraste de los datos. Como se indicó al comienzo, parece que esta doctrina es la que inspira la nueva regulación de los delitos contra el honor y, en particular, la regulación del delito de calumnia, incorporando a la legislación penal este doble requisito: el interés público, que está siempre presente cuando lo

²¹ STC 28 / 1996.

²² STC 219 / 1992, 28 / 1996.

²³ SSTC 21 / 2000; 200 / 1998; 28 / 1996; 240 / 1992; 219 / 1992.

²⁴ SSTC 171 / 1990, 158 / 2003, 61 / 2004.

²⁵ SSTC 178 / 1993, 21 / 2000, 54 / 2004.

²⁶ STC 240 / 1992.

²⁷ SSTC 6 / 1988, 105 / 1990.

que se imputa es un delito; y la veracidad, que habría quedado reflejada de forma negativa a través de la expresión “temerario desprecio hacia la verdad”.

2. “El temerario desprecio hacia la verdad” en el delito de calumnia

Tras la publicación del nuevo Código Penal, y pese al inicial acuerdo sobre la finalidad perseguida por el legislador de 1995, se ha suscitado una importante controversia sobre el sentido de la expresión “temerario desprecio hacia la verdad” que aparece en el delito de calumnia. En lo que sigue, se expondrán las principales opciones interpretativas, prestando una especial atención a aquéllas que presentan mayores problemas de cara a la cuestión sobre la obtención ilícita del conocimiento.

2.1. La teoría de la inveracidad subjetiva

Una primera línea interpretativa, representada por VIVES ANTÓN²⁸, considera que la modificación operada en la regulación de los delitos contra el honor supone la consagración legislativa de la doctrina de la inveracidad subjetiva que tiene su origen en el criterio de la *actual malice*, establecido por el Tribunal Supremo Federal Norteamericano (Sentencia *New York Times vs. Sullivan*). Conforme al citado criterio, la responsabilidad del medio de comunicación por las informaciones vertidas depende de que exista *actual malice*, es decir, de que la información se haya publicado con conocimiento de su falsedad (*Knowledge that it was false*), o bien con temeraria desconsideración acerca de si era falsa o no (*Reckless disregard of whether it was false or not*). Esta doctrina que, como se ha indicado, ya había sido incorporada por el Tribunal Constitucional español (STC 6 / 1988), en la resolución de los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de información, condiciona la protección de la libertad de información a la exigencia de “veracidad subjetiva”, en lugar de hacerla depender de la exigencia de verdad material y objetiva²⁹.

La recepción de la citada doctrina supone, según el citado autor, un radical cambio de perspectiva en la regulación de los delitos contra el honor y, en particular, en el delito de calumnia, sobre el que se habrían operado dos cambios fundamentales:

a) En primer lugar, el legislador habría prescindido de la tradicional exigencia de falsedad objetiva de la imputación en el tipo objetivo del delito de calumnia, que consistiría únicamente en la imputación de un delito, abarcando tanto la imputación de hechos falsos, como la imputación de hechos verdaderos³⁰.

²⁸ Cfr. VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho Penal. Parte especial*, loc. cit., p. 343; el mismo, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 308 y ss.

²⁹ Cfr. VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial*, loc. cit., p. 343.

³⁰ Cfr. VIVES ANTÓN, *Ibidem*, p. 348; el mismo, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., p. 315, quien ya propuso esta interpretación bajo la vigencia del Código Penal de 1973 (cfr. VIVES

b) La exigencia de falsedad habría quedado desplazada al aspecto subjetivo del delito, de forma que la relevancia penal del comportamiento vendría a depender de que el autor hubiera actuado de forma subjetivamente inveraz, bien porque actúa en la creencia de que el hecho que imputa es falso (“conocimiento de la falsedad”), o bien porque realiza la imputación sin haber desarrollado una previa labor de verificación y contraste (“temerario desprecio hacia la verdad”) ³¹.

Todo ello, con la doble consecuencia de que la imputación de hechos objetivamente falsos, realizada de forma subjetiva y fundadamente verdadera, resultaría penalmente atípica, lo que se justifica, a juicio de este autor, desde el interés estatal en garantizar el ejercicio de la libertad de expresión ³². Y, en sentido inverso, la imputación de hechos objetivamente verdaderos, realizada de forma subjetivamente inveraz (en la creencia de que son falsos o sin haber realizado una previa labor de comprobación y contraste), cumpliría el tipo de la calumnia, aunque luego resultara impune por el juego de la *exceptio veritatis* ³³.

Establecido el sentido subjetivo que el citado autor atribuye a la nueva fórmula legal, se hace preciso fijar su contenido. En relación con el “conocimiento de la falsedad”, esta línea doctrinal sostiene que se identifica con el dolo directo (conciencia real de la falsedad de la imputación); mientras que el “temerario desprecio hacia la verdad”, que suscita mayores dudas, se interpreta como una referencia al dolo eventual ³⁴. En efecto, entiende VIVES ANTÓN que la referida expresión pretende ser una traducción del *reckless disregard* del Derecho anglosajón que, en su incorporación a nuestro Ordenamiento jurídico, debe entenderse como una exigencia de conocimiento eventual (doloso) de que el hecho que se imputa es falso ³⁵; y esta afirmación se sostiene, pese a que se reconoce que, en su origen, la *recklessness* o temeraria desconsideración

ANTÓN, en COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 1990, pp. 687 y ss.).

³¹ Cfr. VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial, loc.cit.*, p. 348.

³² Cfr. VIVES ANTÓN, en COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., *loc.cit.*, p. 687.

³³ Cfr. VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN / ORTS BERENGUER / CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC / MARTÍNEZ BUJÁN, *Derecho penal. Parte especial, loc.cit.*, p. 351. La *exceptio veritatis* está recogida en el artículo 207 que dispone: “El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”. Desde la interpretación expuesta en el texto, se entiende que el citado precepto contiene una causa de exclusión de la penalidad de naturaleza objetiva, cuya función es, precisamente, asegurar la impunidad de aquellas imputaciones objetivamente verdaderas, pero subjetivamente inveraces. A juicio del autor, este tipo de hechos constituiría una calumnia consumada que, por razones de política criminal (interés público en el conocimiento de unos hechos que han resultado ser verdaderos), debería quedar impune. Esta es la función que justifica la existencia de la *exceptio veritatis*.

³⁴ Cfr. VIVES ANTÓN, *Ibidem*, p. 348.

³⁵ Cfr. VIVES ANTÓN, *Ibidem*, p. 348. La figura del *reckless disregard* constituye un tercer género de imputación subjetiva, de gravedad y penalidad intermedia entre el dolo y la imprudencia. Esta figura no existe con carácter general en nuestro Derecho y, en su origen, recoge bajo un único título de imputación subjetiva, supuestos que, en nuestro Ordenamiento jurídico, se reconducirían bien al dolo eventual o bien a la imprudencia consciente, sancionándolos con una pena intermedia entre el dolo y la imprudencia.

comprende tanto los supuestos de dolo eventual, como ciertos supuestos de imprudencia especialmente graves³⁶. Conclusión que, a mi juicio, no sólo resulta correcta, sino incluso obligada, puesto que el régimen punitivo que prevé el legislador en los artículos 205 y 206 del Código Penal, que establecen la misma pena para los supuestos de “conocimiento de la falsedad” y “temerario desprecio hacia la verdad”, no responde a la filosofía del *reckless disregard* anglosajón, de sancionar con penalidad intermedia, a la prevista para el dolo y la imprudencia, supuestos que también se estiman de gravedad intermedia.

2. 2. El “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como referencia objetiva-subjetiva

La teoría de la inveracidad subjetiva arranca del criterio constitucional de la veracidad y de la doctrina de la *actual malice*, en la que aquél parece tener su origen. Por ello, parece la interpretación más natural de la nueva fórmula legal. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, un numeroso grupo de autores considera que, pese a la modificación operada en la regulación de los delitos contra el honor y pese a que ésta pretende incorporar la referida doctrina constitucional, nada impide seguir manteniendo la tradicional exigencia de falsedad objetiva en el tipo de calumnia³⁷.

Esta posición se sostiene desde dos tipos de argumentos: el primero, de carácter gramatical; el segundo, de carácter teleológico. Así, ciertos autores consideran que la exigencia de falsedad objetiva de la imputación (discordancia entre lo afirmado y la realidad) puede deducirse del propio texto de la ley, que exige que la imputación se realice con “conocimiento de la falsedad”; siendo así que el conocimiento, como estado subjetivo, debe ir referido siempre a un elemento de carácter objetivo³⁸. Por otro lado, se señala que la objetiva falsedad de la imputación es el elemento que condiciona su lesividad respecto al derecho al

³⁶ También COBOS GÓMEZ DE LINARES, en RODRÍGUEZ RAMOS / COBOS GÓMEZ DE LINARES / SÁNCHEZ TOMÁS, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, II, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1997, p. 55, considera que el “temerario desprecio hacia la verdad” se identifica con el dolo eventual, pero, a su juicio, concebido desde la teoría de la indiferencia.

³⁷ Cfr. entre otros autores: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, pp. 189 y ss.; QUINTERO OLIVARES, “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, en VIVES ANTÓN, *Estudios sobre el código Penal de 1995. Parte especial*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 151 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, II, CEURA, Madrid, 1998, pp. 255; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 383 y ss.; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 323 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 293; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 609 y ss.; DEL MORAL GARCÍA, en SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios al Código Penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 1121 y ss.

³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal, loc.cit.*, p. 618; y DEL MORAL GARCÍA, en SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios al Código Penal, loc.cit.*, p. 1122.

honor, puesto que el bien jurídico protegido en el delito de calumnia debe ser el honor real y no el honor meramente aparente³⁹; o bien se sostiene que, puesto que existen otros medios de protección del derecho al honor distintos de los penales, la sanción penal debe reservarse para aquellos atentados a este derecho que resultan más graves, lo que se traduce en la exigencia de condicionar la relevancia penal del comportamiento a la falsedad objetiva de la imputación realizada⁴⁰.

A los argumentos expuestos, cabe añadir otra consideración. La doctrina constitucional de la veracidad, que inspira la nueva regulación de los delitos contra el honor, no obliga a interpretar los términos “verdad” / “falsedad” contenidos en estos tipos en un sentido subjetivo. El concepto de veracidad desarrollado por el Tribunal Constitucional difiere, en efecto, del concepto de verdad material o correspondencia con los hechos; pero también difiere, a mi juicio, de la creencia subjetiva (convicción del informador sobre la verdad de la información), dado que ésta última sólo resulta relevante cuando está objetivamente fundada, es decir, cuando deriva de una previa labor de contraste, realizada conforme al canon de diligencia exigible a un profesional. Desde este punto de vista, resulta discutible el calificativo de “subjetiva” que se añade a la exigencia de “veracidad”, cuando lo que exige el Tribunal Constitucional es el cumplimiento de un deber de diligencia en la comprobación de la noticia, que ha de medirse conforme al grado de diligencia exigible a un profesional medio. Por ello, considero más adecuado calificar el requisito constitucional de “veracidad objetiva” o bien de “verdad formal”, puesto que el principal efecto que tiene la doctrina constitucional es desplazar el objeto de la prueba desde el contenido material de la imputación hacia los métodos o medios empleados para verificarla, sustituyendo así la verdad material, que depende del contenido, por la validez formal en la comprobación de la noticia.

Las consideraciones realizadas permiten mantener, a mi juicio, que la expresión “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” afecta tanto al tipo objetivo, como al tipo subjetivo del delito de calumnia.

a) En el tipo objetivo de la calumnia se exigiría que la imputación fuera objetivamente falsa, restringiendo la tutela penal del honor a aquellos atentados contra este derecho que resultan más graves, es decir, a las imputaciones de hechos falsos. Los términos falsedad y verdad deberían entenderse, pues, en un sentido objetivo y en relación con el valor de verdad de la imputación.

b) Por otro lado, en el tipo subjetivo el legislador exigiría, alternativamente, dos posibles actitudes. El conocimiento, referido a la falsedad, que la mayoría de los autores identifica con el dolo directo; o el temerario desprecio, referido a la verdad, que no se sabe a ciencia cierta qué es lo que

³⁹ Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, loc.cit., p. 394. Por otro lado, señala QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, loc.cit., pp. 200 y 212, que hacer depender la relevancia penal del comportamiento únicamente del aspecto subjetivo, es decir, de la actitud cínica o mendaz del sujeto, supondría un inconstitucional Derecho penal de autor.

⁴⁰ Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, II, loc.cit., pp. 259 y ss.

significa y que se está identificando bien con el dolo eventual, o bien con alguna forma de imprudencia especialmente grave.

En suma, desde esta posición, y a los efectos que aquí interesan, se plantean dos cuestiones, que son las que vamos a abordar a continuación: en primer lugar, cómo definir esa referencia a la verdad, presuntamente objetiva, que contiene el tipo de calumnia; y, en segundo lugar, cómo interpretar la enigmática expresión “temerario desprecio”, contenida en la definición legal de este delito.

2. 2. 1. La referencia a la “verdad” contenida en el tipo de calumnia

Una primera respuesta sobre el significado del término “verdad”, la más próxima a su uso en el lenguaje cotidiano, identifica este término con la verdad material, entendida como objetiva correspondencia con los hechos. Un concepto de verdad de esta naturaleza no sólo es epistemológicamente discutible, sino que plantea graves problemas cuando se trasvasa al contexto del delito de calumnia, puesto que obliga a preguntar quién determina cuáles son los hechos y quién, cómo y cuándo fija la referida correspondencia⁴¹. Si a esta pregunta se contesta afirmando que es el autor de la imputación, entonces se abandona la idea de verdad material y objetiva y ésta se sustituye por la “creencia subjetiva”; si se contesta que es el juez que conoce el proceso de calumnia, entonces también se abandona la verdad material que queda desplazada por la “verdad procesal”; y, por último, si se contesta que es un espectador objetivo, la verdad objetiva

⁴¹ La teoría de la correspondencia es una teoría objetivista de la verdad, que se caracteriza por mantener, en sus distintas versiones, que la verdad es una propiedad de la proposición o enunciado que consiste en su adecuación o correspondencia con los hechos. En cuanto tal, no explicita qué debe entenderse por hechos ni tampoco cómo ha de establecerse la citada correspondencia, por ello es compatible con concepciones ontológicas y epistemológicas de muy distinto signo. En su versión más común, el citado postulado se interpreta desde una epistemología realista que presupone la existencia de “hechos” externos e independientes de las proposiciones y concibe el conocimiento como una imagen especular del mundo. Tras la crítica kantiana, esta concepción del conocimiento y de la verdad, lejos de constituir un dogma epistemológico, cuenta con escasos apoyos. No obstante, la teoría de la correspondencia ha sido reformulada en la actualidad por TARSKI, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972, dotándola de un nuevo sentido que la hace independiente de cualquier hipótesis metafísica y epistemológica y, en este sentido, goza de bastante prestigio. En la obra de TARSKI, la teoría de la correspondencia se presenta como una teoría semántica, es decir, una teoría que pretende definir en términos intralingüísticos el significado del término verdadero y, por ello, no resuelve, ni pretende hacerlo, el tradicional problema de la verdad: determinar las condiciones que nos permiten establecer la verdad de una determinada proposición (problema del criterio de verdad). La teoría de TARSKI proporciona una definición nominal de verdad, pero no proporciona un criterio objetivo o realista, ni de ninguna otra clase, para su determinación. A favor de la teoría de la correspondencia, tal y como ha sido expuesta por TARSKI, se pronuncia POPPER, porque a su juicio esta teoría tiene el mérito de rehabilitar una concepción objetivista de la verdad que, el citado autor, sostiene como *principio regulador en ciencia*, es decir, como un modelo al que tender, pero que no se puede alcanzar y que permite afirmar que ciertos planteamientos son más plausibles o aproximados que otros (vid. POPPER, “Verdad y aproximación a la verdad”, en *Escritos selectos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 197 y ss.). En el ámbito jurídico, lo que interesa básicamente es la determinación del criterio de verdad, por ello, a mi juicio resultan más útiles las teorías criteriales sobre la verdad, que tratan de determinar las condiciones que justifican para aceptar la verdad de una proposición.

deviene “validez intersubjetiva”. En definitiva, la verdad objetiva y material puede ser un ideal al que tender, pero resulta un ideal difícilmente alcanzable.

En el contexto del delito de calumnia la referencia a la verdad o, a su reverso: la falsedad, no se suelen interpretar en el sentido de correspondencia material con los hechos, sino que se parte de un concepto más cercano a la verdad procesal⁴². Esta es la posición que mantiene, entre otros autores, QUINTERO OLIVARES, que vincula la exigencia de falsedad contenida en el tipo de calumnia con la regulación de la *exceptio veritatis* y considera que la demostración de la verdad, exigida en el artículo 207, se refiere a la certeza procesalmente válida del hecho imputado⁴³. En sentido inverso, la falsedad de la imputación, requerida en el artículo 205, consistiría en la inexistencia del hecho imputado, según un juicio *ex post* realizado por un observador objetivo, es decir, por el juez que conoce el proceso de calumnia y que alcanza, o no, una convicción sobre la inexistencia del mismo⁴⁴. Esta concepción de la verdad también resulta problemática, porque, como indica VIVES ANTÓN, remite a un dato futuro e incierto, como es la convicción que alcanzará el juez en el proceso por calumnia, que resulta de imposible conocimiento para el autor en el momento en que realiza la imputación⁴⁵.

Otra posible opción interpretativa, similar a la anterior, pero con una importante diferencia de matiz, es la que sostiene PÉREZ DEL VALLE, quien identifica la referencia a la verdad, contenida en la expresión “temerario desprecio hacia la verdad”, con la verdad procesal, pero establecida en atención a las posibilidades de conocimiento del autor en el momento de realizar la imputación⁴⁶. Conforme a este criterio, resultarían verdaderas aquellas imputaciones en las

⁴² Sobre el concepto de verdad procesal, pueden verse, entre otros autores: MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Lección inaugural, curso 1998-1999, loc.cit.*, pp. 6 y ss.; VIVES ANTÓN, “Proceso y teoría de la verdad”, en *La Reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 245 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 45 y ss. Este autor define la verdad procesal como una verdad aproximativa, que difiere del modelo de verdad como pura correspondencia con los hechos, en virtud de las condiciones y limitaciones que regulan la búsqueda de la verdad en el proceso. Así, en todos los ordenamientos jurídicos, se establecen unos métodos y procedimientos que disciplinan la obtención de la verdad en el proceso. Estas reglas, que condicionan la validez del conocimiento obtenido, también delimitan lo que es verdad a efectos procesales, de forma que la verdad procesal es una verdad normativa que está condicionada por su propia validez.

⁴³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, “Libertad de expresión y honor en el Código penal de 1995”, *loc.cit.*, p. 166.

⁴⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Ibidem*, pp. 166 y ss. La consecuencia de esta posición es que los hechos que no se consiguen probar en el proceso o aquellos cuya prueba deviene imposible, se equiparan a los hechos falsos.

⁴⁵ Cfr. VIVES ANTÓN, en COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., *loc.cit.*, p. 689. Por otro lado, como señala DEL MORAL GARCÍA, “Algunos aspectos sustantivos y procesales de los delitos de injuria y calumnia”, en *Honor, intimidad y propia imagen*, CGPJ, 1994, p. 84, esta concepción de la verdad descansa en la concepción de la *exceptio veritatis* como una regla de inversión de la carga de la prueba, que resulta contraria al principio de presunción de inocencia.

⁴⁶ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “Las calumnias y «el temerario desprecio hacia la verdad»”, en *CPC* nº 67, 1999, pp. 83 y ss; el mismo, “El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad”, en *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, II,

que se cumplieran dos condiciones: a) que el hecho se impute con una convicción racionalmente fundada sobre la verdad, tal y como se exige en el proceso penal⁴⁷; y b) que el conocimiento se haya obtenido respetando las limitaciones procesales a la prueba, en particular, la regla derivada del artículo 11.1 de la LOPJ que prohíbe valorar en juicio las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales⁴⁸. En suma, se viene a exigir que el autor realice la imputación contando con una prueba de cargo de la que racionalmente pueda deducirse la culpabilidad y, además, una prueba de cargo procesalmente válida⁴⁹. Todo ello, con la consecuencia de que no serán verdaderos, a los efectos del delito de calumnia, aquellos hechos cuya existencia no es posible probar, ni tampoco aquellos hechos cuyo conocimiento se ha obtenido a través de medios de prueba prohibidos⁵⁰.

CGPJ, 1998, pp. 247 y ss. El autor justifica el trasvase del concepto de verdad procesal al delito de calumnia, desde la idea de que la calumnia consiste en la imputación de un delito y, por ello, el interés público en el conocimiento de estos hechos debe estimarse referido sólo a aquéllos que, desde un punto de vista procesal, pueden estimarse ciertos. Por otro lado, señala que la regulación de la *exceptio veritatis* remite al proceso y, por ello, a la idea de verdad procesal, la prueba de la verdad.

⁴⁷ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “Las calumnias y «el temerario desprecio hacia la verdad»”, en *CPC* nº 67, 1999, pp. 83 y ss. Según el citado autor, el artículo 741 de la LECrim establece que el Juez “apreciará en conciencia” la prueba practicada, lo que no se debe interpretar en el sentido de una intuitiva e íntima convicción subjetiva del juez. En este sentido, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Ed. LA LEY, Madrid, 1993, pp. 157 y ss., sostiene que la regla contenida en el artículo 741 de la LECrim recoge el principio de libre valoración de la prueba, propio del modelo procesal liberal, frente al sistema de prueba legal, propio del proceso inquisitivo del Antiguo Régimen, lo que supone que el juez debe basar su decisión sobre “las pruebas practicadas en el proceso con estricta observancia de las formalidades legales y valoradas éstas libre, pero racionalmente”. Según señala este autor, pese a que el principio de “convicción en conciencia” ha sido interpretado por una jurisprudencia tradicional en el sentido de atribuir al juez una facultad libérrima para fijar los hechos, según su íntima convicción y sin necesidad de sujetarse a las máximas de la experiencia o de la lógica, esta concepción cambia radicalmente a partir de la STC 31 / 1981, de 28 de julio, que supone un retorno a la idea de libre valoración de la prueba, es decir, a la idea de que el juez debe apoyar su juicio sobre la prueba practicada regulamente en el proceso y valorada conforme a las reglas de la lógica o de la razón, “con independencia de que los resultados de la valoración de la prueba coincidan o no con su convicción personal acerca de la certeza de los hechos”, y ello hasta el punto de que “en un hipotético conflicto entre la «convicción en conciencia» del juzgador de que el acusado es culpable y una valoración de la prueba que no pueda conducir a la fijación de la culpabilidad del acusado, ha de prevalecer esta última, no siendo posible la condena” (*Ibidem*, p. 165). En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Lección inaugural, curso 1998-1999*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, sf., p. 53, sostiene que el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE) y la exigencia de motivación de las sentencias (el artículo 120 de la CE), obligan al juez a argumentar sus decisiones y a exponer los motivos de las mismas.

⁴⁸ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “Las calumnias y «el temerario desprecio hacia la verdad»”, *loc.cit.*, p. 101.

⁴⁹ Lo que se justifica desde el interés público en la exclusión de la arbitrariedad, como exigencia inherente a la justicia; y desde la idea de que las reglas que limitan la obtención de conocimiento en el proceso tienen como función la protección de los derechos fundamentales, que no sólo exige impedir la intromisión ilegítima de los poderes públicos, sino que impone a éstos un deber de evitar intromisiones de los particulares.

⁵⁰ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Ibidem*, p. 102.

Esta posición tiene, a mi juicio, una importante ventaja: somete la exigencia de verdad, contenida en el delito de calumnia, a un canon de racionalidad, de modo que “verdaderas” serán aquellas imputaciones que están racionalmente fundadas. Con ello, se sustituye la exigencia de verdad material o plena correspondencia con los hechos por un concepto de verdad más manejable, que podríamos denominar validez o verdad intersubjetiva, en el que se hace depender el valor de verdad del conocimiento de su validez, es decir, de su obtención conforme a unas reglas o métodos que garantizan su fundamentación racional⁵¹. Ahora bien, lo que ya resulta más discutible es que entre las reglas de justificación del conocimiento que determinan su validez deban incluirse las limitaciones procesales a la obtención de la verdad. Ello supone proyectar las reglas propias del proceso sobre ámbitos de comunicación distintos (la comunicación privada o la comunicación periodística), en los que no tiene por qué darse la razón que justifica en el proceso la imposición de estos límites⁵². No obstante, y como esta cuestión afecta directamente al problema de la obtención ilícita de conocimiento -en los casos en los que la ilicitud consiste en el uso de medios de prueba prohibidos-, conviene posponer su análisis a la tercera parte de este trabajo. Por ahora, es posible extraer una primera conclusión provisional y parcial sobre el concepto de verdad: se puede entender el término “verdadero” en el sentido de conocimiento racionalmente fundado, es decir, obtenido conforme a métodos o procedimientos que, en un determinado ámbito de comunicación, permiten formar una convicción racional sobre su verdad.

2. 2. 2. El sentido de la expresión “temerario desprecio”

La expresión “temerario desprecio” dista mucho de ser clara. Desde un punto de vista gramatical resulta difícil precisar su significado, puesto que parece referirse a un sentimiento: el desprecio (falta de aprecio o indiferencia), del que se

⁵¹ Un concepto de verdad de esta naturaleza se aproxima a la idea de validez, en la medida en que desplaza el centro de gravedad desde el contenido objetivo del conocimiento al criterio de justificación de la verdad, es decir, al conjunto de reglas que legitiman para admitir que una determinada proposición es verdadera. La verdad ya no se entiende como objetiva correspondencia con los hechos externos, sino como justificación racional, intersubjetiva y comunicable, del fundamento que apoya una determinada convicción. Este tipo de concepción de la verdad, con diversas formulaciones, está bastante extendido en la epistemología actual (vid. POPPER, “Verdad y aproximación a la verdad”, en *Escritos selectos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997).

⁵² Entre las reglas de formación de la verdad procesal, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *loc.cit.*, enumera las siguientes: los términos preclusivos, las formas y condiciones para la admisión de la prueba, las nulidades procesales por vicios formales, los testimonios inadmisibles, la inutilizabilidad de las pruebas ilegítimamente adquiridas, normas sobre interpretación de la ley penal, la presunción de inocencia o la presunción legal de verdad contenida en las sentencias firmes, entre otras. Desde luego, gran parte de estas reglas tienen sentido únicamente en el proceso y no son extrapolables fuera de ese contexto (piénsese en el efecto de cosa juzgada de la sentencia firme); el problema se plantea en relación con la prohibición de valorar en el proceso las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, dado que si se estima que esta regla sí resulta extrapolable a la comunicación periodística, habría que concluir que la imputación de un delito, cuyo conocimiento se ha obtenido por medios prohibidos, es falsa, a los efectos de apreciar un posible delito de calumnia.

exige que sea temerario (excesivamente imprudente); lo que, dicho sea lisa y llanamente, carece de todo sentido, sobre todo cuando esa “falta de aprecio o indiferencia excesivamente imprudente” se pretende proyectar, como su objeto, sobre la verdad. Por ello, lo primero que es posible indicar acerca de la nueva expresión legal es que, desde luego, no se ajusta al mandato de taxatividad, inherente al principio de legalidad penal, y obliga a una interpretación metafórica de sus términos en un intento de dotar de sentido al “sinsentido”⁵³. No es, pues, extraño que, tras la entrada en vigor del nuevo Código, se hayan planteado importantes divergencias doctrinales sobre el tipo de relación subjetiva que la citada expresión describe.

A) El “temerario desprecio” como referencia a la imprudencia. Cierta sector doctrinal mantiene que la expresión “temerario desprecio” constituye una referencia a la imprudencia, con la consecuencia de que la nueva regulación del delito de calumnia incluiría -junto a la modalidad dolosa (“conocimiento de la falsedad”), en la que el autor actúa con conocimiento (cierto o eventual) de la falsedad del hecho que imputa-, una modalidad imprudente, en la que el autor imputa el hecho con error sobre su falsedad; sancionándose, además, ambos supuestos (el doloso y el imprudente), con la misma pena. Desde este punto de vista, “el conocimiento de la falsedad” y “el temerario desprecio hacia la verdad” describirían, alternativamente, dos posibles relaciones subjetivas entre el autor y el hecho: la primera incluiría los supuestos de dolo directo y dolo eventual; la segunda describiría un comportamiento imprudente.

Esta es la posición que, actualmente, defienden LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y PÉREZ DEL VALLE⁵⁴, quienes identifican el “temerario desprecio hacia la verdad” con los supuestos de “ceguera ante los hechos” o, en la terminología de JAKOBS, de “imprudencia dirigida”⁵⁵, es decir, supuestos en los

⁵³ También resulta discutible que, interpretada en su literalidad, la nueva fórmula legal respete las exigencias derivadas del principio de responsabilidad por el hecho (cfr. en este sentido: PAREDES CASTAÑÓN, “El «desprecio» como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho”, en *Revista Penal La Ley*, nº 11, 2003, pp. 113 y ss.)

⁵⁴ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / PÉREZ DEL VALLE, en CONDE PUMPIDO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, II, Madrid, 1997, pp. 2383 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, “Las calumnias y «el temerario desprecio hacia la verdad»”, *loc.cit.*, pp. 83 y ss.; el mismo “El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad”, *loc.cit.*, pp. 247 y ss.

⁵⁵ JAKOBS distingue entre dos clases de imprudencia: la “imprudencia no dirigida”, que es un caso de error que tiene su origen en un defecto de planificación del sujeto, y la “imprudencia dirigida”, que es aquel desconocimiento que se produce como consecuencia del desinterés reflexionado ante los intereses ajenos y no presupone un defecto de orientación en el mundo. En este grupo se incluyen los casos en los que el autor tiene ante sí el riesgo de lesión y, sin embargo, no lo advierte porque el ámbito de protección le resulta indiferente (cfr. JAKOBS, “Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas”, en *ADPCP*, 1992, p. 229; el mismo, “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma”, en *Poder Judicial*, nº 47, 1998, p. 310; el mismo, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho Penal”, en *ADPCP*, 1989, p. 642). JAKOBS justifica la diferencia de tratamiento punitivo entre el dolo y la imprudencia en el grado de negación de la vigencia de la norma y, por ello, concluye que la imprudencia dirigida no merece el tratamiento privilegiado que la legislación positiva atribuye al comportamiento imprudente; puesto que, en esta clase de imprudencia, el autor manifiesta con su conducta su hostilidad o indiferencia hacia el derecho y

que el autor realiza la imputación sin representarse su posible falsedad y consiguiente lesividad respecto al honor del ofendido; pero, ese error es consecuencia de su desinterés o indiferencia reflexionada hacia el bien jurídico objeto de protección y hacia la misma búsqueda de la verdad⁵⁶. Esa indiferencia o desinterés hacia el ámbito de protección es lo que justifica, a juicio de estos autores, la equiparación punitiva, que habría realizado el legislador, de estos supuestos de imprudencia con la calumnia dolosa⁵⁷.

En mi opinión, la posición que identifica el “temerario desprecio hacia la verdad” con una modalidad imprudente de calumnia resulta problemática:

a) En primer lugar, como han señalado diversos autores, esta interpretación puede resultar contraria a la disposición del artículo 12, que exige la sanción expresa de las conductas imprudentes, en los tipos de la parte especial del Código⁵⁸. En este sentido, entender que la expresión “temerario desprecio” constituye esa referencia expresa a la imprudencia supone una interpretación analógica de sus términos que, literalmente, no significan esto. Sin embargo, es preciso reconocer que la absoluta falta de claridad de la expresión legal, que cierra prácticamente toda posibilidad de interpretación gramatical con sentido, obliga a relativizar la objeción expuesta.

niega la vigencia de la norma en la misma medida en que lo hace el autor doloso (cfr. JAKOBS, “Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas”, *loc.cit.*, p. 310).

⁵⁶ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, “Las calumnias y «el temerario desprecio hacia la verdad»”, *loc.cit.*, p. 104.

⁵⁷ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Ibidem*, pp. 104-105. Similar conclusión (punición de formas imprudentes de calumnia), aunque desde unos presupuestos bien distintos, se ha sostenido por autores que mantienen que la nueva fórmula legal es un reflejo de la teoría de la inveracidad subjetiva e identifican el “temerario desprecio hacia la verdad” con la *recklessness* anglosajona. En este sentido, TASENDE CALVO, “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, en *PJ*, 1996, nº 43-44, p. 145, quien entiende que el nuevo texto legal prescinde de la tradicional exigencia de falsedad objetiva en el delito de calumnia, mantiene que la expresión “temerario desprecio hacia la verdad” extiende la tipicidad de la calumnia a conductas imprudentes respecto a la falsedad de la imputación; si bien, sólo incluiría aquellos comportamientos gravemente negligentes en la averiguación de la verdad, como se deduce de la exigencia de temeridad respecto al conocimiento de la verdad. Esta opción legislativa resulta, a juicio del autor, contraria al principio de intervención mínima y puede conducir a consecuencias insatisfactorias respecto al ejercicio de la libertad de información, que exige aceptar un cierto margen de error: “a fin de que el debate que precede a la formación de la opinión pública en una sociedad democrática sea lo más amplio e incisivo posible”. Por ello, concluye este autor que la falta de diligencia en la comprobación de la información debería tener consecuencias únicamente civiles, a través de los mecanismos que proporciona la LO 1 / 1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reservando la sanción penal para aquellos comportamientos que resulten más graves, esto es, para los comportamientos dolosos (cfr. *Ibidem*, p. 146).

⁵⁸ Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, “El delito de injurias”, en *La ley*, 1996-2, p. 1438; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL, *Curso de Derecho Penal español*, I, *loc.cit.*, p. 480, SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte especial*, I, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, p. 293; COBOS GÓMEZ DE LINARES, en RODRÍGUEZ RAMOS / COBOS GÓMEZ DE LINARES / SÁNCHEZ TOMÁS, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, II, *loc.cit.*, p. 55. Por el contrario, considera que la citada interpretación no plantea problemas respecto al artículo 12 del Código Penal, PAREDES CASTAÑÓN, “El ‘desprecio’ como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho”, *loc.cit.*, p. 114.

b) En segundo lugar, resulta discutible la equiparación punitiva que, de aceptar la interpretación propuesta, habría realizado el legislador entre la calumnia dolosa y la imprudente. Semejante equiparación podría resultar contraria al principio de proporcionalidad, que exige ajustar la gravedad de la pena al grado de desvalor subjetivo del hecho. Es cierto que esta objeción se puede salvar desde la postura que identifica el “temerario desprecio” con la “imprudencia dirigida”, dado que lo que se defiende desde este planteamiento es, precisamente, que esta clase de imprudencia no merece el tratamiento privilegiado de la imprudencia, porque en ella el autor manifiesta su hostilidad o indiferencia hacia el Derecho y niega la vigencia de la norma, en la misma medida en que lo hace el autor doloso. Ahora bien, esta justificación sólo puede admitirse, a su vez, si previamente se acepta, desde la idea de la prevención general positiva, que el criterio para graduar el injusto es el grado de confrontación o contradicción de la conducta con la norma. En cualquier caso, habría que preguntar por qué el legislador recoge la categoría de la “imprudencia dirigida”, con la consiguiente equiparación punitiva entre dolo e imprudencia, en relación con un bien jurídico de contenido tan difuso como es el honor y no lo hace, sin embargo, en relación con otros bienes jurídicos más básicos o elementales como son la vida o la salud, respecto a los cuales se mantiene el criterio general de establecer marcos penales de gravedad diferenciada entre el dolo y la imprudencia.

c) En tercer lugar, y desde una perspectiva de Política criminal, la decisión de sancionar formas imprudentes de calumnia, podría resultar contraria a las exigencias del principio de intervención mínima⁵⁹; y, como ha señalado VIVES ANTÓN, podría producir un efecto inhibitorio o de desaliento sobre la libertad de información⁶⁰. En este sentido, parece que la tipificación de los delitos contra el honor debe realizarse teniendo en cuenta que existen otros medios de protección de este derecho, como son los derivados de la LO 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, que no sólo suponen una menor injerencia en derechos fundamentales, sino que pueden resultar más eficaces. Por ello, estimo que, desde esta perspectiva, la protección penal debe quedar restringida a aquellos atentados contra el honor que resultan más graves, es decir, imputaciones de hechos falsos, en las que el autor actúa con conocimiento cierto o, al menos, probable de la falsedad de la imputación.

B) El “temerario desprecio hacia la verdad” como dolo eventual. Frente a la postura expuesta, la posición que parece actualmente dominante en la doctrina sostiene que el “temerario desprecio hacia la verdad” constituye una referencia expresa al dolo eventual; de forma que el “conocimiento de la falsedad” comprendería los casos de dolo directo, en los que el autor actúa con conocimiento cierto de la falsedad del hecho que imputa, mientras que el “temerario desprecio hacia la verdad” comprendería los supuestos de dolo eventual, en los que el autor actúa con un conocimiento meramente probable⁶¹.

⁵⁹ Cfr. TASENDE CALVO, “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, *loc.cit.*, p. 145.

⁶⁰ Cfr. VIVES ANTÓN, “Libertad de expresión y derecho al honor”, *loc.cit.*, p. 261.

⁶¹ Cfr. MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, *loc.cit.*, pp. 383 y ss.; QUINTERO OLIVARES, “Libertad de expresión y honor

Todo ello, con la consecuencia de que el legislador de 1995 no habría previsto tipo imprudente de calumnia, remitiendo estos supuestos a la vía civil.

Ahora bien, afirmar que el “temerario desprecio hacia la verdad” es dolo eventual todavía no aclara el tipo de relación subjetiva que la citada expresión exige, puesto que sobre ella se proyectan las distintas concepciones sobre el dolo eventual. Así, la opción mayoritaria, a partir de lo que parece ser el sentido literal de los términos, entiende que el “temerario desprecio hacia la verdad” constituye una referencia a las teorías volitivas y emocionales del dolo eventual. En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, desde una posición próxima a la teoría del consentimiento, sostiene que el autor actuará con “temerario desprecio” cuando se diga a sí mismo: “pase lo que pase, también si la imputación es falsa, yo no me abstengo de realizarla”⁶². Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ interpreta la expresión en el sentido de la teoría de la indiferencia y afirma que habrá “temerario desprecio” cuando al autor “le haya traído al paio la verdad de la imputación realizada”⁶³. En suma, desde esta posición el “temerario desprecio” se interpreta como una referencia al dolo eventual, concebido desde las teorías volitivas o emocionales, que exige, además de la representación del riesgo de que la imputación resulte finalmente falsa, ulteriores elementos volitivos (consentimiento) o emocionales (indiferencia).

En mi opinión, esta posición resulta preferible a aquella que defiende que el “temerario desprecio” se identifica con la imprudencia, puesto que se ajusta mejor a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad y del principio de intervención mínima. No obstante, considero que, una vez que se concluye que el “temerario desprecio” es dolo eventual, hay que evitar interpretar su contenido desde las teorías volitivas o emocionales del dolo, si es que no se quiere tropezar con los problemas propios de esta clase de teorías, relativos a las dificultades probatorias que plantean o a su dudosa compatibilidad con el principio de responsabilidad penal por el hecho y consiguiente aproximación a un Derecho Penal de autor⁶⁴. Por ello, estimo preferible interpretar la expresión desde

en el Código Penal de 1995”, *loc.cit.*, pp. 181 y ss.; DEL MORAL GARCÍA, en SERRANO BUTRAGUEÑO, *Comentarios al Código Penal*, *loc.cit.*, pp. 1122 y ss.; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte especial*, I, *loc.cit.*, pp. 271 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, II, *loc.cit.*, pp. 280 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, *loc.cit.*, pp. 279 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, *loc.cit.*, pp. 207 y ss.; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, *loc.cit.*, pp. 322 y ss.; LANDECHO VELASCO / MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal español*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 154 y ss.; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, *loc.cit.*, p. 394. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, *loc.cit.*, pp. 610 y 629, mantiene esta postura en relación con el delito de calumnia e injuria, pero en relación con la falta de injuria considera que la conducta supone una actitud imprudente frente a la verdad.

⁶² Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, *loc.cit.*, p. 620.

⁶³ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, *loc.cit.*, p. 208. En sentido similar, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, *loc.cit.*, p. 394.

⁶⁴ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, *loc.cit.*, pp. 200-201, quien interpreta la expresión “temerario desprecio hacia la verdad” desde la teoría de la indiferencia,

aquellas concepciones cognitivas del dolo eventual que hacen gravitar el contenido de este elemento sobre la base del conocimiento del autor, sin exigir ulteriores elementos de ánimo o actitud ⁶⁵.

Desde este punto de vista, el contenido de este dolo quedaría delimitado por su objeto, es decir, por la verdad, que aquí se ha definido como “validez intersubjetiva del conocimiento”, determinada en atención a las reglas y métodos empleados para su obtención. Por ello, actuará con “temerario desprecio hacia la verdad”, el sujeto que realice la imputación de forma completamente infundada: con conocimiento cierto de que la labor de comprobación del dato es claramente insuficiente y de que la imputación resulta inválida en el contexto de comunicación en el que se emite; y, por ello, representándose la elevada probabilidad de que sea falsa en su contenido.

III. LOS PROBLEMAS DEL CONOCIMIENTO ILÍCITAMENTE OBTENIDO

Establecidas las conclusiones anteriores sobre el contenido del “temerario desprecio hacia la verdad” y su homóloga exigencia de “veracidad”, es posible abordar ahora los problemas que plantea la obtención ilícita del conocimiento. A tenor de lo expuesto, parece que hay que resolver dos cuestiones. A) En primer lugar, hay que preguntar si, en los casos de mera ilicitud en la obtención del conocimiento, existe o no una diligente labor de comprobación y contraste del dato. Si a esta pregunta se responde de forma negativa, se podría afirmar la existencia de calumnia imprudente, desde aquella posición que admite esta categoría y, en cualquier caso y a efectos civiles, habría que afirmar la existencia de una verdadera intromisión ilegítima en el derecho al honor, puesto que el autor de la imputación habría realizado ésta de forma “inveraz”. B) En segundo lugar, hay que preguntar qué respuesta merecen los supuestos en los que el medio empleado para obtener el conocimiento supone vulneración de derechos fundamentales. Si se admite, con cierto sector doctrinal, que la referencia a la verdad contenida en el tipo de calumnia remite a la idea de “verdad procesal”, habría que trasladar al ámbito de este delito las prohibiciones procesales a la valoración de la prueba establecidas en el artículo 11.1 de la LOPJ; con la consecuencia de que los hechos cuyo conocimiento se ha obtenido por medios que

pone de manifiesto los problemas que plantea la citada interpretación desde las exigencias del principio de responsabilidad por el hecho. Para una crítica general a las teorías volitivas o emocionales del dolo, puede verse, entre otros: GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 24 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 53 y ss.

⁶⁵ Frente a la posible objeción de que con ello no se respeta el sentido gramatical de la expresión legal, es preciso recordar que lo primero que resulta cuestionable es que la expresión legal tenga algún sentido. Creo que aquí la semántica no obliga. Por otro lado, los autores que, en virtud de una pretendida interpretación literal, exigen elementos adicionales de actitud, no atribuyen a éstos, según creo, un contenido autónomo, sino que deducen ese elemento del hecho de que el autor no ha mostrado una diligencia mínima en la comprobación de la información.

vulneran, directa o indirectamente, derechos fundamentales deberían reputarse no probados y, por ello, falsos a los efectos del tipo y su imputación devendría calumniosa⁶⁶.

1. Supuestos de obtención del conocimiento por medios ilícitos

Respecto a esta cuestión existen pronunciamientos contradictorios del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En el caso del que partíamos al comienzo, el periodista que publicó la noticia había llegado a su conocimiento vulnerando el secreto de un sumario que se encontraba en tramitación, y el Tribunal Supremo (STS núm. 1069 / 1998, de 15 de noviembre) estimó que la información publicada era inveraz, porque había sido obtenida a través de un medio ilícito y, por ello, consideró que constituía una verdadera intromisión ilegítima en el derecho al honor de los abogados afectados. El mismo problema se planteó en el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 64 / 1998 (Sala de lo Civil), de 5 de febrero, y también en este caso se estimó que la noticia publicada constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor, afirmando que: “[...] no se puede hablar de una información veraz desde el instante mismo en que se ha quebrantado el secreto genérico sumarial para obtener los datos que constituyen el núcleo de la referida información, que, por otra parte, [...] no servirá nunca para formar una opinión libre y que redunde en beneficio del ente social, pero sí para conseguir un mayor beneficio comercial”.

En ambos casos, el medio de comunicación condenado interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por entender vulnerado su derecho a difundir información veraz [artículo 20.1 d) CE]; y, también en ambos casos, el Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado. Así, la STC 158 / 2003, de 15 de septiembre, que anula la STS 1069 / 1998, de 15 de noviembre; y la STC 54 / 2004, de 15 de abril, que anula la STS 64 / 1998, de 5 de febrero, estiman que la procedencia ilegítima de la información no afecta a su veracidad y reconocen el derecho de los demandantes de amparo a comunicar libremente información veraz. La argumentación del Tribunal Constitucional discurre por las siguientes vías:

a) Para resolver el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información hay que analizar las condiciones que legitiman el ejercicio de este derecho y determinan que la libertad de información goce de posición prevalente frente a otros derechos, entre ellos, el derecho al honor. Estos requisitos son el interés público de la noticia y su veracidad (STC 158 / 2003, de 15 de septiembre, FJ 3; STC 54 / 2004, de 15 de abril, FJ 3).

b) El requisito de veracidad, que es el que se cuestiona en los casos de obtención ilícita de la información (STC 158 / 2003, de 15 de septiembre, FJ 4),

⁶⁶ Por el contrario, desde este punto de vista, no plantean problemas los supuestos de mera ilicitud en la obtención del conocimiento, puesto que la prohibición contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ se restringe a los casos en los que la ilicitud en la obtención de la prueba consiste en vulneración de derechos fundamentales; pero no afecta a aquellos otros casos en los que la obtención de la prueba se produce vulnerando otras normas jurídicas o éticas.

se identifica, conforme a una asentada jurisprudencia constitucional, con la “recta obtención de la noticia”; lo que supone el cumplimiento del deber de diligencia en el contraste y comprobación de la información, que queda satisfecho cuando la noticia se elabora a partir de fuentes informativas serias y solventes y no sobre la base de simples rumores (STC 158 / 2003, de 15 de septiembre, FJ 4; STC 54 / 2004, de 15 de abril, FJ 4). Pero, añade el Tribunal Constitucional, ese deber de diligencia “nunca se ha relacionado con la legítima obtención de la información, ni por tanto con el secreto de las diligencias sumariales”, de forma que, entender lo contrario “supondría introducir un nuevo límite, no previsto expresamente en la Constitución, al derecho a difundir información veraz” (STC 158 / 2003, de 15 de septiembre, FJ 5).

c) Eso no significa que la difusión de la información que ha sido obtenida por un medio ilícito deba reputarse siempre y a todos los efectos legítima, sino que significa, únicamente, que la ilicitud en la obtención de la información no afecta a su veracidad y, por ello, no determina que el ejercicio de la libertad de información resulte ilegítimo en su eventual conflicto con el derecho al honor. En este sentido, señala el Tribunal Constitucional: “[...] la cuestión de que la información publicada no pudiera ser objeto de difusión por haber sido obtenida ilegítimamente, es decir, quebrando el secreto del sumario y constituyera una «revelación indebida» (art. 301 LECrim) es una cuestión distinta a la que aquí se examina. En efecto, lo que hemos de dilucidar en el presente caso es si la información publicada puede o no reputarse lesiva del honor y, por lo tanto, si, desde la perspectiva de la tutela que constitucionalmente corresponde al honor de las personas, estamos o no ante un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Delimitado así el objeto de nuestro juicio, *el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones*, tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto –con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal trasgresión–, *en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz, ni por tanto, en lesiva del honor*” (STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 6) ⁶⁷.

⁶⁷ La cursiva es mía. La revelación del secreto del sumario da lugar a responsabilidad disciplinaria (artículo 301 LECrim) y a responsabilidad penal establecida en distintos preceptos del Código en atención al tipo de secreto y la condición de la persona que revela el secreto. El artículo 466, que se aplica cuando quien revela el secreto es abogado, procurador, juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario judicial, funcionario de la Administración de Justicia o particular que intervenga en el proceso, parece restringirse al supuesto del secreto interno (artículo 302 de la LECrim), puesto que el precepto exige que las actuaciones hayan sido declaradas secretas por “la autoridad judicial”, aunque la cuestión resulta dudosa. En el caso del secreto genérico o externo (artículo 301), parece que resultará de aplicación el artículo 417 –cuando quien revela el secreto sea autoridad o funcionario- o el artículo 418 –cuando se trate de un particular-. La conducta del periodista que publica una información en la que se revelan actuaciones sumariales secretas, podría encajar en el tipo de relevación indebida previsto en el artículo 418 del Código. Y respecto a este tipo no parece aplicable la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, establecida en el artículo 20. 7 del CP, en relación con el derecho a comunicar y difundir información veraz del artículo 20. 1 d) de la CE; pero, a mi juicio, no porque el origen ilícito de la información determine su inveracidad, sino porque lo que resultaría

d) Por todo ello, el Tribunal Constitucional concluye que la procedencia ilegítima de la información no afecta a su veracidad y no determina que la difusión de la noticia constituya una intromisión ilegítima en el derecho al honor, de forma que tal información debe estimarse constitucionalmente protegida en su conflicto con este derecho.

En síntesis, el Tribunal Constitucional estima, a mi juicio con acierto, que la exigencia de veracidad, establecida en el artículo 20.1 d) de la Constitución, no constituye un límite ético al legítimo ejercicio de la libertad de información, sino un límite epistemológico, cuya finalidad es garantizar la aproximación a la verdad material en unas condiciones que hagan viable el efectivo ejercicio de aquel derecho. En este sentido, el deber de diligencia en la comprobación de los datos, en que se traduce la citada exigencia de veracidad, no se vincula con el cumplimiento de normas éticas o jurídicas, sino que remite a las reglas, fuentes y métodos de verificación que determinan la fiabilidad del contenido de la noticia. Esta interpretación resulta, a mi juicio, conforme con la finalidad de la especial protección que se otorga a la libertad de información, que tiene su razón de ser en su función institucional de formación de una opinión pública libre, que se ve satisfecha cuando lo que se transmite son datos que se ajustan a los hechos.

Por todo ello, es posible concluir que la publicación de una noticia, cuyo conocimiento se ha obtenido por un medio ilícito, no afecta a la legitimidad del ejercicio del derecho a la información en su conflicto con el derecho al honor, ni supone infracción del deber de diligencia exigible para que la información resulte especialmente protegida; con la consecuencia de que, en el caso de que la noticia suponga la imputación a otra persona de un delito, el hecho no constituye, a efectos penales, una eventual calumnia imprudente, ni, a efectos civiles, una verdadera intromisión ilegítima en el derecho al honor del imputado.

2. Supuestos de obtención del conocimiento por medios que implican vulneración de derechos fundamentales

Resuelta en este sentido la primera cuestión, hay que preguntar qué solución merecen los supuestos en los que el medio empleado para obtener el conocimiento vulnera derechos fundamentales, es decir, ejemplos, como los que se pusieron al principio, en los que el conocimiento del delito se obtiene a través de unas escuchas o grabaciones ilegales, realizadas en el curso de una investigación policial, o a través de una confesión obtenida empleando tortura, cuyo contenido se filtra después a la prensa que, con conocimiento del origen ilícito del dato, publica la noticia. En estos casos, el comportamiento inicial, que vulnera el derecho fundamental a la intimidad o a la integridad moral, resulta

questionable es que la publicación de una noticia en la que se revelan actuaciones sumariales secretas sea de “interés público”. Parece que el “interés público” lo que exige en estos casos es mantener la reserva del dato hasta que se levante el secreto del sumario.

constitutivo de delito ⁶⁸; lo que aquí se pregunta es si el comportamiento posterior de publicar la noticia lesiona otro derecho fundamental distinto -el derecho al honor- y, por ello, es constitutivo de un delito de calumnia.

Para resolver esta cuestión, es preciso valorar la conveniencia de trasladar al tipo de calumnia el concepto de “verdad procesal” y, en particular, las prohibiciones procesales a la valoración de la prueba derivadas del artículo 11.1 de la LOPJ, analizando su fundamento y comprobando si éste es trasvasable a situaciones de comunicación distintas al proceso, tales como el ámbito de la comunicación periodística ⁶⁹.

En el proceso penal, a diferencia del proceso civil, rige el principio de búsqueda de la verdad material, pero esta búsqueda se limita en atención a los fines y a las necesidades del proceso, como es la exigencia de un proceso justo. Interesa la verdad, pero no la verdad a toda costa, sino una verdad obtenida con respeto a las exigencias de justicia ⁷⁰. Éste es el sentido que tienen determinadas reglas procesales que disciplinan la obtención del conocimiento en el proceso, entre las que se encuentra la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales, cuyo fundamento radica en el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos ⁷¹. En efecto, sobre esta cuestión existe una abundante jurisprudencia constitucional que arranca de la STC 114/1984, de 29 de noviembre (ponente Díez-Picazo y Ponce de León) ⁷², con un importante punto de inflexión en la STC 84/1998, de 2 de abril (ponente Vives Antón), y que en líneas generales establece lo siguiente:

a) El Tribunal Constitucional sostiene que la citada prohibición no es una exigencia derivada del contenido del derecho fundamental vulnerado en la obtención de la prueba, ni tampoco constituye un derecho subjetivo autónomo de

⁶⁸ Vid. lo dispuesto en los artículos 198 (delitos contra la intimidad), 535 y 536 (delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales); y lo dispuesto en el artículo 174, respecto a las torturas.

⁶⁹ Sobre la prueba ilícita y, en particular, sobre la prohibición contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ, pueden verse, entre otros: DE URBANO CASTRILLO / TORRES MORATO, *La prueba ilícita*, 3ª ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003; FIDALGO GALLARDO, *Las “pruebas ilegales: de la “exclusionary rule” estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003; DE LA OLIVA SANTOS, “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, Agosto-Septiembre de 2003, pp. 1 y ss.; MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, 2ª ed., J. M. Bosch, Barcelona, 2004.

⁷⁰ STC 93 / 1996, FJ 3.

⁷¹ Cfr. VIVES ANTÓN, “Proceso y teoría de la verdad”, en *La Reforma del proceso penal*, loc.cit., p. 245 y ss. Vid. STC 93 / 1996, FJ 3.

⁷² La citada sentencia recoge, si bien con carácter *obiter dicta*, la regla de la *exclusionary rule*, establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en cuya virtud no pueden admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de los derechos reconocidos en la IV Enmienda de la Constitución. La citada Sentencia establece que de la Constitución española de 1978 se deriva la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales, de forma que estas pruebas resultarían constitucionalmente ilícitas. Esta regla se incorpora, con posterioridad, al artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6 / 1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que pretende ser un reflejo, en el plano de la legalidad, de la doctrina establecida en la STC 114 / 1984.

carácter fundamental, con un reconocimiento constitucional explícito ⁷³. Sin embargo, considera el Tribunal que sí constituye una garantía objetiva e implícita del ordenamiento de la libertad, cuyo fundamento se encuentra en la posición preferente que tienen los derechos fundamentales en el sistema y en su reconocida condición de “inviolables” (artículo 10.1 de la CE), que determinan la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso ⁷⁴.

En este sentido, se afirma que: “[...] los derechos fundamentales presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de convivencia humana, justa y pacífica...”. Por ello, “esa garantía objetiva [la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales] deriva de la nulidad radical de todo acto - público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas como efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales” ⁷⁵.

b) Por otro lado, el Tribunal Constitucional considera que la prohibición de valorar en el proceso las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, se conecta con el contenido de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución ⁷⁶ y, en relación con éste, con el principio de igualdad de las partes en el proceso (artículo 14 de la Constitución) ⁷⁷.

Así, razona el Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales, además de derechos individuales y subjetivos, son los elementos esenciales del ordenamiento objetivo, en tanto éste se configura como un Estado democrático de Derecho ⁷⁸. Este carácter de elementos esenciales del sistema democrático,

⁷³ STC 114 / 1984, FJ 2.

⁷⁴ STC 114 / 1984, FJ 2 y FJ 4. La citada sentencia, que fue dictada antes de la entrada en vigor del artículo 11.1 de la LOPJ, plantea el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida como una encrucijada de intereses entre la necesaria procuración de la verdad en el proceso y la garantía de las situaciones jurídicas de los ciudadanos y señala que: “estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso” (FJ 4).

⁷⁵ STC 114 / 1984, FJ 4. En el mismo sentido: SSTC 81 / 1998; 49 / 1999; 94 / 1999; 239 / 1999. Como indica VIVES ANTÓN, “Proceso y teorías de la verdad”, *loc.cit.*, p. 248, este argumento es de carácter valorativo y no termina de resultar convincente, puesto que deduce una consecuencia epistemológica -exclusión del conocimiento ilícitamente obtenido-, desde consideraciones deontológicas, relativas al valor y la especial posición de los derechos fundamentales. En este sentido, afirma este autor que: “Este modo de razonar parece, a primera vista falaz: habría de castigarse la infracción cometida al obtener la prueba, sin perjuicio de otorgarle la eficacia consiguiente en orden a encontrar la verdad. Toda otra solución constituye un «error categorial»”.

⁷⁶ SSTC 114 / 1984, FJ 5; 107 / 1985, FJ 2; 86 / 1995, FJ 2; 49 / 1996, FJ 2; 81 / 1998, FJ 2; 49 / 1999, FJ 12; 161 / 1999, FJ 4; 50 / 2000, FJ 2; 69 / 2001, FJ 26; 149 / 2001, FJ 6; 28 / 2002, FJ 4.

⁷⁷ STC 114 / 1984, FJ 5.

⁷⁸ STC 25 / 1981, FJ 5; 81 / 1998, FJ 2.

confiere a los derechos fundamentales sustantivos una dimensión procedimental: “son las reglas básicas de funcionamiento de todos los procedimientos de la democracia, de forma que ninguno puede considerarse constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los vulnera en sus conclusiones”⁷⁹. Principio general que se afirma de un modo especialmente rotundo en el ámbito del proceso penal, donde se produce una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el “núcleo más sagrado” de sus derechos fundamentales⁸⁰. Por ello, concluye el Tribunal que: “[...] la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias del proceso y, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental -y, en definitiva, con la idea de proceso justo-, debe considerarse contraria a la Constitución”⁸¹.

c) Además, esta exigencia se conecta con el principio de presunción de inocencia, que “comporta el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas obtenidas con todas las garantías que puedan considerarse constitucionalmente legítimas”⁸² y “acreditativas de forma sólida y razonable de los hechos y de la intervención del acusado en los mismos”⁸³. Por ello, la valoración en el proceso de pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales resultaría contraria al principio de presunción de inocencia, que exige que toda condena penal vaya precedida de una prueba de cargo suficiente y válida⁸⁴.

No obstante, señala el Tribunal Constitucional que tal vulneración del principio de presunción de inocencia sólo se producirá, en el proceso penal, cuando la condena descansa exclusivamente en tales pruebas, pero no si existen otras pruebas de cargo válidas, causalmente independientes y desconectadas jurídicamente de éstas⁸⁵.

⁷⁹ SSTC 81 / 1998, FJ 2; 239 / 1999, FJ 4.

⁸⁰ SSTC 41 / 1997, FJ 5; 135 / 1997, FJ 6; 41 / 1998, FJ 15; 81 / 1998, FJ 2; 102 / 1998, FJ2; 18 / 1999, FJ 3; 239 / 1999, FJ 4; 91 / 2000, FJ 12; 154 / 2000, FJ 2.

⁸¹ SSTC 114 / 1984, FJ 5, 107 / 1985, FJ 2; 81 / 1998, FJ 2; 69 / 2001, FJ 26; 28 / 2001, FJ 4; 149 / 2001, FJ 6; T.E.D.H., Caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 de julio de 1988, F I, A. En este sentido, se pronuncia VIVES ANTÓN, “Proceso y teorías de la verdad”, *loc.cit.*, pp. 248-249, que sostiene que los derechos fundamentales no son sólo garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de unos valores, sino sobre todo reglas básicas de procedimiento, a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático. Por ello, en el proceso penal la solución “correcta” no se identifica con la solución materialmente verdadera, sino con aquella solución que, además, es resultado de un “procedimiento legítimo que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes que coloquen a la otra en situación de desventaja”.

⁸² SSTC 31 / 1981, FJ 3-; 81 / 1998, FJ 3; 239 / 1999, FJ 4; 111 / 1999, FJ 2; 149 / 2001 FJ 6.

⁸³ SSTC 84 / 1998, FJ 3; 189 / 1998, FJ 2 y 3; 220 / 1998, FJ 3; 149 / 2001, FJ 6.

⁸⁴ SSTC 86 / 1995, FJ 2; 81 / 1998, FJ 3; 49 / 1999, FJ 14; 161 / 1999, FJ 4; 239 / 1999, FJ 4; 299 / 2000, FJ 3; 138 / 2001, FJ 8; 149 / 2001, FJ 6, 28 / 2002, FJ 4.

⁸⁵ SSTC 114 / 1984, FJ 5; 181 / 1995, FJ 7; 49 / 1996, FJ 6; 54 / 1996; FJ 9; 81 / 1998, FJ 3; 121 / 1998, FJ 6; 49 / 1999, FJ 14; 166 / 1999, FJ 4; 50 / 2000, FJ 2; 299 / 2000, FJ 9. A estos efectos, es preciso tener en cuenta que la prohibición de valoración contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ no sólo alcanza a la prueba obtenida con vulneración del derecho fundamental, sino también a todas aquellas pruebas que, aún obtenidas de forma lícita, tienen su origen en la primera. Por ello, parece que este precepto recoge la doctrina norteamericana de “los frutos del árbol envenenado”,

En definitiva, el Tribunal Constitucional tiene establecido que la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no es un derecho constitucional autónomo, pero sí es una exigencia derivada de la Constitución, en razón de: a) la posición preferente de los derechos fundamentales; b) su condición de “inviolables”; c) la nulidad radical de todo acto violatorio de estos derechos; c) la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas como efectivas, las contravenciones de derechos fundamentales; y, d) su conexión con el contenido de otros derechos fundamentales, que sí tienen un reconocimiento constitucional explícito, como son el derecho a un proceso con todas las garantías y el principio de presunción de inocencia.

A la argumentación expuesta, la doctrina procesal añade, como posible fundamento que legitima la regla contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ, las

con el consiguiente reconocimiento de efectos reflejos o indirectos a las pruebas ilícitas. El problema que plantea esta doctrina es determinar el alcance y los límites de los efectos reflejos de la prueba ilícita. Inicialmente, tanto la doctrina del Tribunal Supremo, como la doctrina del Tribunal Constitucional, exigía la mera conexión causal entre la prueba ilícita y la prueba derivada para declarar la invalidez de esta última. En este sentido, la STS de 17 de junio de 1994, FJ 1, aludía al “efecto dominó” de las pruebas ilícitas, afirmando que: “la nulidad de determinada diligencia o prueba judicial por vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos, arrastra en cadena la invalidez y consiguiente ineficacia jurídicas de todas las posteriores que puedan traer causa –directa o indirecta- de aquella primera”; en sentido similar, la STC 85 / 1994, FJ 4, consagra la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida. Esta doctrina tiene un importante punto de inflexión a partir de la STC 81 / 1998, que introduce el criterio de la “conexión de antijuridicidad”, de forma que para reconocer la eficacia refleja de la prueba prohibida no sólo se exige una conexión causal natural entre la inicial prueba ilícita y la derivada prueba lícita, sino que se exige, además, “conexión de antijuridicidad”, cuya apreciación depende de la índole y características de la inicial vulneración del derecho fundamental, así como del resultado (perspectiva interna); y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (perspectiva externa). En la citada resolución se afirma: “Tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá de establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esta conexión reside, pues, la *ratio* de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones. Para tratar de determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, hemos de analizar, en primer término, la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo” (STC 81 / 1998, FJ 4). En sentido similar: SSTC 121 / 1998, FJ 6; 49 / 1999, FJ 14; 94 / 1999, FJ 6 y 7; 161 / 1999, FJ 4; 171 / 1999, FJ 4; 238 / 1999, FJ 2; 239 / 1999, FJ 8; 8 / 2000 FJ 3; 136 / 2000, FJ 6; 299 / 2000, FJ 9; 138 / 2001, 8; 149 / 2001, FJ 6; 28 / 2002, FJ 4.

necesidades de protección de los derechos fundamentales, dado que, al privar de todo efecto procesal a las pruebas obtenidas con vulneración de estos derechos, se añade un nuevo e importante medio disuasorio frente a este tipo de conductas, que se acumula a las sanciones –incluso a las sanciones penales–, que ya lleva aparejada la inicial violación de derechos fundamentales, con lo que se refuerzan los mecanismos de protección de estos derechos⁸⁶.

Pues bien, si estos son los argumentos que justifican la regla contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ, hay que preguntar si alguno resulta extrapolable fuera del proceso para resolver el problema que se plantea en este trabajo, es decir, el problema sobre si la imputación de un delito cuyo conocimiento se ha obtenido por medios prohibidos (con vulneración de derechos fundamentales) debe reputarse falsa a los efectos de apreciar la existencia de un delito de calumnia o, en su caso, una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

A mi juicio, no resulta concluyente el argumento que parte de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de “inviolables”, de la que se deriva la nulidad radical de todo acto violatorio de estos derechos, así como la necesidad institucional de no “confirmar”, reconociéndoles efectos, contravenciones de derechos fundamentales. Y no resulta concluyente, porque aquí lo que está en cuestión no es la ilicitud de la inicial vulneración del derecho fundamental realizada al obtener la noticia que, desde luego, es merecedora de reproche y puede resultar constitutiva de delito⁸⁷. Lo que aquí se cuestiona es la

⁸⁶ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *loc.cit.*, p. 7. El citado autor muestra su disconformidad con la doctrina establecida en la STC 114 / 1984 sobre el fundamento de la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. En este sentido afirma: a) que la condición de “inviolables” de los derechos fundamentales es una expresión que no se utiliza en sentido estricto, sino para indicar la singular importancia de estos derechos; b) que la “posición preferente” de los derechos fundamentales no es absoluta, como lo demuestra la existencia de preceptos constitucionales y legales que determinan que el logro de los fines del proceso prevalezca sobre ciertos derechos fundamentales, o la existencia de jurisprudencia constitucional que establece que la violación de determinados derechos fundamentales (vgr. el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley) no genera la nulidad radical de las actuaciones realizadas; c) la nulidad radical de todo acto violatorio de derechos fundamentales, se refiere al acto inicial que vulnera el derecho fundamental, pero no implica necesariamente la nulidad de todos sus ulteriores efectos; d) la necesidad institucional de no “confirmar” los actos que vulneran derechos fundamentales es confrontable con la necesidad institucional de garantizar el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y con el deber del Estado de perseguir la criminalidad; máxime cuando reconocer efectos procesales a instrumentos probatorios obtenidos ilícitamente no supone “confirmación” alguna del acto que vulnera el derecho fundamental y es perfectamente compatible con el reproche jurídico que recibe el inicial acto ilícito, incluso, con el más severo de los reproches, es decir, con la sanción penal. Por todo ello, concluye el autor que la prohibición de valorar en el proceso las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no es una exigencia derivada de la Constitución, ni de los derechos fundamentales; si bien considera que es una opción legislativa, perfectamente razonable, que se justifica, según se ha indicado en el texto, en la conveniencia de añadir un nuevo elemento disuasorio (la privación de valor procesal) a la vulneración de derechos fundamentales (cfr. *Ibidem*, pp. 4 y ss.). Como este argumento es de eficacia, relativiza la regla contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ, que deja de ser un dogma jurídico para convertirse en una opción que exige la previa valoración de los intereses en juego.

⁸⁷ Vid. nota 68, en relación con los ejemplos inicialmente propuestos.

licitud o ilicitud de un comportamiento posterior y distinto, aunque conectado con la inicial vulneración del derecho fundamental, como es la publicación de una noticia en la que se da cuenta de la comisión de un delito que, en sí misma, ni afecta ni vulnera de nuevo ese derecho fundamental. Pues bien, respecto a esta cuestión se pueden hacer las siguientes consideraciones: a) la ilicitud del comportamiento consistente en publicar la noticia no es una exigencia derivada del contenido del derecho fundamental vulnerado al obtener ese conocimiento, puesto que no afecta a ese derecho; b) la nulidad del acto inicial no obliga a declarar ilícitos todos los comportamientos posteriores conectados con éste, sobre todo si se tiene en cuenta que estos comportamientos posteriores pueden realizarse en el ejercicio de otros derechos, también de carácter fundamental, como es el caso del derecho a la información que, de este modo, quedaría limitado; c) tampoco hay por qué entender que la publicación de la noticia suponga “confirmación” alguna del acto inicial con el que se vulnera el derecho fundamental; ese acto seguirá siendo ilícito y merecedor de sanción penal.

En segundo lugar, hay que considerar el argumento derivado de las necesidades de protección de los derechos fundamentales y, en relación con ello, el deber del Estado de proteger estos derechos frente a todo tipo de intromisiones. Argumento que obliga a valorar la posible conveniencia de añadir un nuevo elemento disuasorio frente al comportamiento del sujeto que, para obtener información, acude a medios que vulneran derechos fundamentales⁸⁸. Este nuevo medio disuasorio consistiría en la amenaza penal, por la vía del delito de calumnia, en el caso de que el conocimiento de un delito, obtenido por esos medios prohibidos, llegara a publicarse; acumulándose, así, una nueva sanción penal –la prevista para el delito de calumnia- a las sanciones –penales o de otra índole - que ya lleva aparejada la inicial vulneración del derecho fundamental realizada al obtener la información⁸⁹. Pues bien, para analizar esta cuestión creo que hay que distinguir entre los supuestos en los que el propio periodista es quien vulnera el derecho fundamental para conocer la noticia y aquellos otros casos en los que lo hace un tercero que, luego, filtra la información a la prensa.

Comenzando por el final, en este último caso, creo que no hay calumnia. Persiste el interés público en el conocimiento de unos hechos que son

⁸⁸ Es posible poner diversos ejemplos: escuchas o grabaciones, apertura de correspondencia, o registro de papeles o documentos realizados por funcionarios públicos, en el curso de una investigación, vulnerando las garantías constitucionales; confesiones obtenidas mediante torturas; o, incluso, supuestos en los que un particular, que se siente víctima de un delito y quiere hacer acopio de pruebas o por otro motivo distinto, realiza cualquiera de las conductas previstas en el artículo 197 del Código penal (apoderarse de papeles o cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otros, interceptar comunicaciones o utilizar aparatos de escucha grabación o reproducción del sonido o de la imagen) y descubre la comisión de un delito. En relación con este último ejemplo, es preciso tener en cuenta que el requisito de “temerario desprecio hacia la verdad” aparece también en el delito de acusación y denuncia falsas, por ello, en el caso de que el particular decidiera interponer denuncia por el delito que ha descubierto y se aceptase que la “verdad” a la que se refiere el tipo de artículo 456 es la “verdad procesal”, habría entonces que preguntar si el particular al interponer la denuncia realiza un delito de acusación y denuncia falsas.

⁸⁹ En los ejemplos propuestos en la nota anterior, podrían ser de aplicación los tipos previstos en el artículo 197, 535, 536 o 174.

constitutivos de delito ⁹⁰. Además, declarar no publicable la noticia no puede surtir efecto disuasorio alguno, cuando quien vulnera el derecho fundamental para obtener la información no es el medio de comunicación que luego publica la noticia, sino un tercero que actúa con una finalidad distinta. Responder en sentido contrario supone recortar un derecho fundamental, como es la libertad de prensa, sin una base constitucional explícita y sin obtener a cambio ningún beneficio claro.

El problema puede ser distinto cuando es el propio periodista el que, para acceder a la noticia, vulnera derechos fundamentales de otra persona. Pensemos que el periodista realiza grabaciones ilegales o accede a datos reservados de carácter personal; como consecuencia de ello, descubre la comisión de un delito; y, posteriormente, publica esta información. El comportamiento inicial -grabación ilegal o acceso a los datos reservados- constituye un delito contra la intimidad sancionado en el artículo 197.1 ó 2 ⁹¹; el comportamiento posterior de publicar su contenido, en lo que se refiere a los datos personales e íntimos que hubieran sido descubiertos, realiza el tipo agravado previsto en el artículo 197.3 ⁹²; lo que aquí se pregunta es si al calificar como calumnia la posterior publicación de la información que se refiere al delito descubierto, se gana en eficacia de cara a la protección del derecho a la intimidad que ha sido vulnerado al obtener la noticia ⁹³.

⁹⁰ En el caso de que el periodista publicase la información obtenida por un tercero mediante alguna de las conductas descritas en el artículo 197.1 ó 2 y, además de dar cuenta del delito descubierto, revelase otros datos personales o íntimos conocidos a través de esos medios, su conducta resultaría constitutiva de un delito de revelación de secretos en la modalidad agravada prevista en el artículo 197.3. Sin embargo, este tipo no resultaría aplicable, según creo, si la información se ciñe a dar cuenta de la comisión del delito, dado que este dato es de “interés público”, no tiene el carácter de “dato íntimo o personal” y, por ello, su conocimiento y publicación no afecta al derecho a la intimidad. En relación con esta información sólo cabe plantear si, por la forma en que se ha llegado a su conocimiento, resulta o no lesiva del derecho al honor y constituye un delito de calumnia.

⁹¹ El artículo 197.1 dispone lo siguiente: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”. Por su parte, el artículo 197.2 establece: “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.

⁹² El artículo 197.3 dispone: “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior”.

⁹³ Como se indicó en la nota 90, en relación con la publicación de datos que se han descubierto a través de alguna de las conductas previstas en el artículo 197.1 ó 2, resulta posible distinguir entre los datos de carácter íntimo o personal, cuya posterior publicación también lesiona el derecho a la

El argumento del elemento disuasorio en este caso sí resulta operativo, puesto que la finalidad que persigue el periodista al realizar la inicial vulneración del derecho a la intimidad es, precisamente, obtener información para luego publicarla. Sin embargo, aunque el argumento sea operativo, a mi juicio, resulta débil: la pena prevista para el delito de calumnia (prisión de 6 meses a dos años o multa de doce a 24 meses⁹⁴) es menor que la pena prevista para el delito contra la intimidad (prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses⁹⁵). Por ello, si se pone en la balanza lo ganado -un nuevo elemento disuasorio más débil que el ya existente-, y lo perdido -el recorte de la libertad de información y del derecho a recibirla-, parece que lo perdido supera a lo ganado. Por otro lado, como ya existen suficientes mecanismos de protección -civiles y penales- del derecho a la intimidad, al prescindir de este nuevo elemento disuasorio no se produce desprotección de este derecho fundamental; simplemente, no se añade un mecanismo más que, como se ha indicado, implica mayores costes que beneficios.

Queda, por último, el argumento derivado del derecho al proceso con todas las garantías y el que deriva del principio de presunción de inocencia. Creo que ninguno de ellos resulta plenamente aplicable al ámbito de la comunicación periodística, puesto que ambos sirven a la idea de justicia en el proceso y al deber del Estado de respetar y garantizar, en todos sus procedimientos, los derechos fundamentales. Ahora bien, es preciso recordar que la citada argumentación discurre desde la idea de que los derechos fundamentales no son únicamente derechos de carácter subjetivo, sino que constituyen los elementos esenciales del sistema democrático a los que deben ajustarse todos sus procedimientos. También es preciso recordar que la libertad de información, además de un derecho individual y subjetivo, tiene una dimensión institucional en tanto es la garantía para la formación de una opinión pública libre, esencial en un sistema democrático. Por ello, se podría sostener que existe un interés público en que la libertad de información se ejerza respetando los derechos fundamentales, dado que su posición prevalente deriva de su función institucional y los derechos fundamentales son las reglas de juego de todos los procedimientos de la democracia; lo que permitiría concluir que la libertad de información sólo podrá desempeñar su función institucional y servir al interés público, cuando se ejerza respetando esos elementos básicos del sistema.

Este argumento afecta, a mi juicio, al momento inicial de obtención de la noticia. En efecto, si el periodista vulnera derechos fundamentales para conseguir la noticia, no se podrá afirmar que ejerce la libertad de información de forma legítima y, por ello, creo que no resultará de aplicación la circunstancia de ejercicio legítimo de un derecho [artículo 20. 7 del CP, en relación con el artículo 20.1 d) de la CE], para eximirle de responsabilidad por el delito contra la

intimidad y realiza el tipo agravado del artículo 197.3, y el dato que consiste en la comisión de un delito que, a mi juicio, no puede calificarse de dato “personal o íntimo” porque resulta de interés público y, por ello, su posterior publicación o revelación no afectaría al derecho a la intimidad.

⁹⁴ Artículo 206, en relación con el artículo 205.

⁹⁵ Artículo 197.1 y 2.

intimidad que ha cometido al obtener la información (artículo 197.1 ó 2 del CP)⁹⁶. Así, en el conflicto que se produce en el momento de obtención de la noticia, entre el derecho a la intimidad y el derecho a comunicar información veraz, creo que debe prevalecer el primero⁹⁷.

⁹⁶ Ahora bien, el problema para justificar el delito contra la intimidad cometido al obtener la información, no es la falta de “veracidad” de la fuente empleada; el problema radica, a mi juicio, en que, al haberse vulnerado derechos fundamentales para obtener la noticia, el ejercicio de la libertad de información no está en condiciones de servir al interés público y cumplir la finalidad que determina su posición prevalente. Por otro lado, como tiene establecido el Tribunal Constitucional el requisito de veracidad no resulta de aplicación para legitimar el ejercicio de la libertad de información, cuando este derecho entra en conflicto con el derecho a la intimidad, sino que, a la inversa, la veracidad es presupuesto para que se produzca la lesión de este derecho; por ello, en los casos de conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información : “el elemento decisivo para decidir si la libertad de información se ha ejercido o no de forma legítima es la relevancia o interés público de la noticia” (STC, 10 / 1992, de 14 de febrero, FJ3). En este sentido, la STC 197 / 1991, FJ 2, señala: “El requisito de veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan. El criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es, por ello, la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa”.

⁹⁷ Una posición parcialmente distinta a la expuesta en el texto se sostiene en la STS núm. 234 / 1999, de 18 de febrero, en el supuesto de la publicación de una noticia en la que se daba cuenta de que, en la Prisión Provincial de Salto del Negro, dos presos con SIDA estaban destinados al servicio de cocina, con el consiguiente riesgo para la salud de los restantes reclusos, publicando los nombres de estos dos internos. El periodista había logrado acceder a dos listados: uno relativo a los internos de la prisión que padecían la enfermedad del SIDA, otro relativo a los internos que trabajaban en la cocina; estos listados incluían nombre, apellidos, estado civil, profesión y naturaleza del delito por el que cada interno había sido condenado. El Tribunal Supremo entiende que el acceso a los datos fue ilícito y constitutivo del delito previsto en el artículo 197.2 del CP de 1973, y que su posterior publicación realiza los tipos agravados recogidos en los números 3 y 5 de ese precepto, planteándose la posible aplicación de la eximente del artículo 20.7, en relación con el derecho a difundir información veraz, reconocido en el artículo 20.1 de la CE. En este punto, la argumentación del Tribunal Supremo es la siguiente: a) en primer lugar, señala las dificultades para deslindar la difusión lícita de una noticia (veraz y de interés público), de su previa obtención ilícita, afirmando que ésta podría quedar justificada cuando el comportamiento ilícito: “se presenta como el único procedimiento por el que cupiese informar a la opinión pública del hecho noticiable”; b) respecto a la difusión de la noticia, tal y como se hizo en el caso concreto (publicando la identidad de los internos), el Tribunal Supremo entiende que no puede quedar plenamente justificada, puesto que, si bien es veraz y resulta de interés público en lo que se refiere a la presencia de internos con SIDA en el servicio de cocina de la prisión, incluye otros datos – identidad de los internos que padecen la enfermedad- que ni resultan de interés público ni resultan necesarios para la presentación de la noticia; c) por todo ello, el Tribunal Supremo aplica la eximente incompleta de ejercicio legítimo de un derecho *a toda la conducta*, es decir, tanto a la inicial obtención de la información como a su posterior publicación. En mi opinión, resulta admisible la aplicación de la eximente incompleta a la conducta consistente en difundir la noticia, que se estima veraz y de interés público, pero a la que se añaden datos personales que no cumplen este segundo requisito. Sin embargo, considero cuestionable la aplicación de la eximente (completa o incompleta) al comportamiento de la inicial obtención ilícita del dato, que se intenta justificar en virtud del interés público del conocimiento que se pretende obtener. En cualquier

Sin embargo, la respuesta puede ser distinta respecto a la posterior publicación de la noticia, si ésta se ciñe a informar sobre la comisión del delito que se ha descubierto⁹⁸. Como tal publicación no afecta ni vulnera de nuevo el derecho a la intimidad, el conflicto se plantea, únicamente, entre el derecho al honor y la libertad de información y creo que debe resolverse desde los límites respectivos de estos dos derechos: el interés o relevancia pública de la noticia, que existe puesto que se informa de la comisión de un delito; y la veracidad, que es el requisito que aquí se cuestiona.

Pues bien, la pregunta es si la dimensión pública e institucional que desempeña el derecho a la información justifica la inclusión de la regla del artículo 11.1 de la LOPJ entre las reglas que determinan que el ejercicio de ese derecho sea veraz y, por ello, deba prevalecer sobre el derecho al honor. O, planteada la cuestión de otro modo: ¿hay que convertir la regla contenida en el artículo 11.1 de la LOPJ en una regla epistemológica que determina lo que es “verdad” en un sistema democrático? Si a esta pregunta se responde de forma afirmativa, el contenido del citado precepto quedaría proyectado, con idéntica extensión y alcance, sobre todos aquellos procedimientos del sistema que tienen una dimensión pública, entre ellos el ejercicio de la libertad de prensa. La consecuencia de esta extensión es que la inicial vulneración de un derecho fundamental –del sujeto a quien se imputa un delito o de un tercero⁹⁹– en la obtención de la información, realizada por el periodista o por una tercera persona, determinaría la invalidez del conocimiento obtenido que resultaría no publicable. Tampoco resultaría veraz la imputación de un delito cuyo conocimiento se

caso, el Tribunal Supremo no cuestiona en ningún momento la “veracidad” de la noticia publicada, en razón de que el medio utilizado para contrastarla haya supuesto vulneración de un derecho fundamental, y hace gravitar la resolución del conflicto sobre el requisito del “interés público” de la noticia, incluso llega a apuntar la idea de que ese “interés público” del dato que se pretende conocer puede llegar a justificar el empleo de medios ilícitos para su comprobación y contraste, que vendrían a asegurar, precisamente, la “veracidad” de la información que finalmente se publica y, así, afirma: “Podrá argüirse que sin tener conocimiento de la identidad de los internos, difícilmente hubiese podido el acusado estar razonablemente seguro de la veracidad de la noticia, por lo que si quería darla a conocer necesitaba saber previamente de qué internos se trataba, aunque el mero acceso a estos datos, sin la debida autorización, ya fuese penalmente típico. Esta dificultad de desvincular la difusión lícita de una noticia del acceso ilícito a ciertos datos que son presupuesto de aquélla, que se da inevitablemente a veces en la actuación del profesional de la información, puede llevar a cuestionar la tipicidad de la conducta si, una vez conocidos los datos reservados que son imprescindibles para la confección de una noticia veraz, el profesional se abstiene de publicarlos en tanto no lo son para la presentación de la noticia”.

⁹⁸ En el caso de que, además, se revelen datos personales o hechos relativos a la intimidad, el hecho podría constituir el tipo agravado del artículo 197.3, en lo que se refiere a estos datos.

⁹⁹ Como ha señalado el Tribunal Constitucional, no sólo es ilícita la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del imputado, sino también aquella prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales sustantivos de una tercera persona (SSTC 348 / 1993, 79 / 1994; 290 / 1994; 126 / 1995; 94 / 1996, 228 / 1997; 47 / 1998; 94 / 1999; 30 / 1998; y 239 / 1999, entre otras).

hubiera obtenido por medios lícitos distintos, pero derivados de la inicial vulneración del derecho fundamental¹⁰⁰.

A mi juicio, semejante extrapolación resulta sumamente discutible, aun teniendo en cuenta la dimensión pública que tiene la libertad de información, y ello, por los siguientes motivos:

a) La regla que prohíbe valorar las pruebas obtenidas con vulneración, directa o indirecta, de los derechos fundamentales se justifica, en el proceso penal, porque el conocimiento así obtenido es la base para una decisión de los poderes públicos que supone una especial injerencia en los derechos fundamentales del imputado y que, por ello debe ser tomada con todas las garantías, a fin de no resultar arbitraria. Dimensión que no está presente en la comunicación periodística.

b) El conflicto que está en la base de la regla del artículo 11.1 de la LOPJ se produce entre los derechos fundamentales del imputado (derecho a la tutela judicial efectiva y principio de presunción de inocencia) y el interés público en el conocimiento y persecución de los delitos; conflicto que se resuelve a favor de la protección de los primeros, en virtud de su carácter de derechos fundamentales. Pues bien, cuando esta regla se proyecta para resolver la cuestión que aquí se debate, se está utilizando para resolver un problema de naturaleza distinta, puesto que el conflicto en este caso se plantea entre dos derechos –el derecho al honor y la libertad de expresión e información- que tienen, ambos, el carácter de derechos fundamentales, de forma que no cabe argumentar que el carácter fundamental de uno de ellos obligue al sacrificio del otro.

c) Las limitaciones que impone la extensión de la regla del artículo 11.1 de la LOPJ al ejercicio de la libertad de información no se compadecen, a mi juicio, con la finalidad del requisito de veracidad establecido en la Constitución como presupuesto para el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, ni tampoco con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional del citado requisito. En efecto, al sustituir la exigencia de verdad material por la exigencia de veracidad, lo que se pretende no es restringir normativamente el espacio de lícito ejercicio de la libertad de información, como sucedería de proyectar sobre éste las limitaciones procesales a la valoración de la prueba; sino, al contrario, extenderlo a aquellas informaciones que no están plenamente probadas o, incluso, a aquellas otras que finalmente resultan falsas, siempre que, en uno y otro caso, vayan precedidas de una diligente labor de verificación y contraste. Dicho en otros términos, la regla del artículo 11.1 constituye una *limitación normativa* a la verdad material, que permite expulsar conocimientos materialmente verdaderos, pero formalmente inválidos; por el contrario, el requisito de “veracidad”, tal y como ha sido interpretado por la doctrina constitucional, constituye una *extensión normativa* del concepto de verdad material, que permite aceptar como “verdaderas” informaciones falsas o no plenamente probadas que, en el momento de su difusión, aparecen como racionalmente fundadas.

¹⁰⁰ Admitida la proyección de la regla contenida en el artículo 11.1 LOPJ sobre los criterios que determinan la “veracidad” de la información, parece que también habría que proyectar la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” que aquel precepto refleja.

Por todo ello, considero que al proyectar la regla del artículo 11.1 de la LOPJ sobre el requisito de “veracidad”, establecido en el artículo 20. 1 d) de la Constitución, o sobre la referencia a la verdad contenida en la expresión “temerario desprecio hacia la verdad” contenida en el actual artículo 205 del Código Penal, se introduce un nuevo límite al ejercicio de la libertad de expresión e información que ni está expresamente establecido en el texto constitucional, ni tampoco puede deducirse de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la interpretación de los límites respectivos entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

En conclusión, y para terminar, considero que el sujeto que imputa a otro un delito cuyo conocimiento ha obtenido por medios prohibidos no actúa, por ello, de forma “inveraz”, a los efectos de apreciar una intromisión ilegítima en el derecho al honor del imputado, ni tampoco con “temerario desprecio hacia la verdad”, a los efectos de apreciar la existencia de un delito de calumnia. Cuestión distinta es cómo hacer valer ese conocimiento ilícitamente obtenido en un eventual proceso por calumnia. Parece que ese conocimiento no se podrá utilizar por la vía de la *exceptio veritatis*, para probar que el hecho imputado es cierto. Aquí la prueba se refiere al hecho; se realiza en el seno del proceso, y, por ello, rigen las limitaciones a la valoración de la prueba derivadas del artículo 11.1 de la LOPJ ¹⁰¹. Sin embargo, y en sentido inverso, de la opción propuesta también se sigue que quien acusa de calumnia no podrá alegar, para probar que el autor de la imputación actuó con “conocimiento de la falsedad” o con “temerario desprecio hacia la verdad”, que ese conocimiento fue obtenido violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales. Todo ello con la consecuencia de que el conocimiento ilícitamente obtenido no beneficiará a ninguna de las partes en el proceso por calumnia, resolviéndose el mismo de conformidad con las reglas generales, entre ellas el principio de presunción de inocencia, que obliga a probar la concurrencia de todos los elementos del delito, o el principio “in dubio pro reo”.

¹⁰¹ La valoración en el proceso por calumnia de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, para acreditar que el hecho imputado es cierto, no afecta, según creo, al principio de presunción de inocencia, puesto que en este caso esa prueba prohibida serviría para fundar la absolución, y no la condena, por delito de calumnia. Por otro lado, la absolución del “calumniador”, sobre la base de la prueba prohibida, no supone un juicio de culpabilidad respecto al “calumniado”, ya que no es a él a quien se está juzgando en ese proceso, ni prejuzga ni condiciona la decisión del hipotético y futuro juez que llegase a conocer su responsabilidad por el delito que se le ha imputado. Tampoco parece que la valoración de la prueba prohibida en un proceso por calumnia vulnere el derecho a un proceso con todas las garantías, salvo que se entienda que este derecho no sólo corresponde al imputado (el “calumniador”), sino también a la víctima (el “calumniado”). Por todo ello, cabría plantear la posibilidad de valoración de la prueba prohibida en el proceso por calumnia, a los efectos de excluir el dolo, es decir, de probar que el autor no ha actuado con “conocimiento de la falsedad” o con “temerario desprecio hacia la verdad”, con la consiguiente absolución por delito de calumnia. Sin embargo, esta posibilidad es sumamente dudosa, dado que el artículo 11.1 de la LOPJ prohíbe valorar en el proceso la prueba prohibida, sin restringir la prohibición al caso de la prueba de cargo. Por ello, parece que lo que ordena el artículo 11.1 de la LOPJ es que el juez no tome en cuenta, en la formación de su convencimiento, esas pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales, con la consecuencia de que, una vez constatada tal circunstancia, el juez deberá inadmitir la prueba.