

En los supuestos de concurso entre un delito privilegiado y uno cualificado ambos *lex specialis* respecto a un tipo básico y no existiendo entre ellos ninguna relación de especialidad, como ocurre, por ejemplo, con el infanticidio con ensañamiento, diseña el autor varias posibles soluciones de *lege ferenda*, inclinándose por la posibilidad que podría expresarse del siguiente modo: «(...) se impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la del delito menos grave. Si la pena resultante fuera igual o superior a la del delito más grave, se impondrá la correspondiente al delito de menor entidad en su grado máximo» (pág. 264). Por lo que a la concurrencia entre delitos cualificados se refiere, se centra el autor en el problema que ha dado lugar a tantas discusiones de cómo calificar los supuestos en los que el sujeto activo mata a uno de sus ascendientes, descendientes o cónyuge concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 405, proponiendo que el legislador ponga fin a la discusión mediante el establecimiento de una regla del siguiente tenor: «En el caso de que el hecho constituya además el delito de parricidio, la pena correspondiente al delito de asesinato se impondrá en su grado medio o máximo» (pág. 267). Cuando concurrieren modalidades de un tipo mixto, como por ejemplo la violación de menor de doce años mediando fuerza o intimidación, sugiere que el legislador podría establecer específicamente la agravación dentro del mismo marco penal o bien la exasperación de ese marco (págs. 268-269). Si por el contrario entran en juego dos tipos privilegiados respecto a un mismo tipo básico, sin que entre ellos exista una relación de especialidad, la consecuencia jurídica adecuada sería la «de imponer la pena inmediatamente superior en grado a la del privilegiado menos grave, siempre, claro está, que de esta manera la pena definitiva no sea igual o superior a la del delito más grave» (pág. 270).

Se podrá estar de acuerdo o discrepar de las interpretaciones y propuestas del Prof. Cuerda Riezu, pero todos los lectores de este libro coincidirán de seguro en que se trata de un muy buen trabajo. Por ello sería deseable que el autor complete en breve la investigación iniciada —de la que esta obra es tan sólo parte—, dirigida al estudio de la problemática general de los concursos, obsequiándonos con un libro —al menos— tan riguroso como el recensionado.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

*Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.*

**JAEN VALLEJO, Manuel: «Libertad de expresión y delitos contra el honor».**  
Ed. Colex. Madrid, 1992. 311 páginas.

La actual exacerbación de la libertad de expresión como Derecho Fundamental, y más concretamente de una de sus manifestaciones: la libertad de información, se produce en España fruto de una transición política y social de un régimen totalitario

a otro constitucional, en que era necesario poner las bases, no sólo políticas, sino también sociales y culturales, para asegurar el éxito del nuevo modelo.

Sólo a través de la posibilidad, jurídicamente reconocida y protegida, de creación de una opinión pública en libertad se podría profundizar en el desarrollo de un estado democrático. Este no es sino la plasmación de un proceso comunicativo entre el poder y la sociedad, que no puede aparecer mediatizado por la intromisión de aquél en el proceso de formación de la voluntad de éste.

Sin duda, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión significa «el reconocimiento y garantía de una institución pública fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático» (S.T.C. 12/1982, de 31 de marzo).

Ello ha motivado que desde los sectores doctrinales más diversos se haya producido una intensa actividad tenderse a la adaptación y adecuación de la legislación vigente al nuevo modelo constitucional de reconocimiento de la libertad de expresión/información en el art. 20 C.E., provocando una gran cantidad de publicaciones sobre el tema (1).

Dentro del ámbito penal, dicho reconocimiento ha sido fundamental en la relación dialéctica que mantiene con otro derecho constitucionalmente reconocido: el honor, el cual se pone igualmente en relación con uno de los principios básicos del sistema democrático: el respeto a la dignidad de la persona. La monografía del profesor Jaen Vallejo dirige sus esfuerzos al análisis de estas tensas relaciones.

La sistemática seguida por el autor implica un primer estudio general de la libertad de expresión (Cap. I), en su reconocimiento en el Derecho comparado y en la Constitución Española, donde realiza un análisis de cuáles son las condiciones que hacen de la libertad de expresión un Derecho Fundamental de posición preferente en el sistema español, de cuál es el sentido de sus límites y de dos de sus manifestaciones más relevantes: el secreto profesional y del derecho de rectificación.

Igualmente dedica un pormenorizado estudio al derecho al honor (Cap. III), centrándolo en el concepto de éste a partir del reconocimiento constitucional en el art. 18 C.E., las posibilidades de su extensión a las personas jurídicas y cuál es su protección en el ámbito civil dentro de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Una primera aproximación a la relación libertad de expresión-derecho al honor la lleva a cabo a partir del análisis de las posiciones del Tribunal Constitucional y

---

(1) Sólo por citar algunas de las más recientes, destacaremos las obras de BALAGUER CALLEJÓN: *El Derecho fundamental al honor*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992; ESTRADA ALONSO: *El derecho al honor en la L.O. 1/1982*. Ed. Civitas. Madrid, 1989; HERRERO TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*. Ed. Colex. Madrid, 1990, o VV.AA.: *Libertad de expresión*. Anuario de 1990 del Departamento de Ciencias Políticas y Derecho Público. Universitat Autònoma de Barcelona. Ed. P.P.U. Barcelona, 1991.

del Tribunal Supremo (Cap. II) (2), para entrar posteriormente a estudiar cuál es la relevancia y ubicación dogmática de la libertad de expresión en los delitos contra el honor (Cap. IV).

Este último es, sin duda, el capítulo que mayor interés puede despertar en el estudioso del Derecho penal, y por ello será al que dedicaremos una mayor atención en esta recensión.

Comienza con una interesante introducción de la situación en el Derecho comparado, y fundamentalmente en el Derecho alemán. Estudio de gran oportunidad por acercarnos a un sistema de referencia en los tiempos de reforma penal en el que nos vemos inmersos, tanto en cuanto a la tipificación, siempre problemática de estas conductas, como al de la relevancia de la veracidad en las mismas.

El Prof. Jaén Vallejo realiza, en lo que podemos considerar parte fundamental de su monografía, un recorrido por las diferentes soluciones dadas al conflicto libertad de expresión-derecho al honor en el Derecho Penal español, desde la vía del «*animus iniuriandi*»; a la propuesta por Bergugo Gómez de la Torre, a través del marco dogmático de los elementos negativos del tipo y la de la adecuación social, para finalmente asumir la solución, cada vez más mayoritaria en la doctrina, de resolución en el marco de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (art. 8.11): el de la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.).

Esto supone un recorrido crítico por la totalidad de las soluciones hasta ahora propuestas por la doctrina española, si bien faltaría la solución, ciertamente minoritaria y apenas apuntada, que sugiere la profesora Asúa Batarrita, que ubica el conflicto como un problema de imputación objetiva (3) en tanto que sólo la ausencia de todos los requisitos para el ejercicio de la libertad de información supondrían la presencia de un riesgo no permitido que posibilitara afirmar la tipicidad de la conducta.

La vía del *animus* fue la solución dogmática preferida por la doctrina para la resolución de estos supuestos. Solución a la que se veía abocada por la inexistencia, antes de la C.E., de un artículo como el 20.1, que permitiera afirmar la presencia del ejercicio de un derecho (art. 8.11 C.P.). Sin embargo, han sido señaladas acertadas críticas al mismo provenientes tanto de los problemas dogmáticos, político-criminales como procesales que presenta.

Desde perspectivas dogmáticas, hoy no puede considerarse que sea unánime la exigencia del *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo del injusto del delito de injurias distinto del dolo. Posición a la que se suma el autor de este libro (pág. 293). Igualmente como ya señalara el Prof. García Pablos la mera subjetividad no es un lugar apto para la resolución de enfrentamiento entre Dere-

---

(2) Tema sobre el que el autor ya había publicado un artículo titulado: «La relación entre la libertad de expresión y derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. (Homenaje a Sainz Cantero, I), núm. 12, de 1987. Granada, 1989, págs. 175 y ss.

(3) ASUA BATARRITA: *La tutela jurídica del honor. Consideraciones político-criminales en relación a la L.O. 1/1982*, en Estudios Penales (Libro-homenaje a Fernández Albor). Ed. Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1989, págs. 28-9.

chos Fundamentales (4), postura que ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional (S.T.C. 107/88, de 8 de junio), y sobre todo por la indiferenciación y confusión que se produce con esta solución en las funciones asignadas a cada una de las categorías del delito: la tipicidad como comprobación de la lesión de un bien jurídico indiciariamente antijurídica, y la antijuridicidad como la comprobación de la no adecuación de la misma al Ordenamiento jurídico penal y general.

No menor suerte corre la solución que desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo expone el Prof. Berdugo Gómez de la Torre (5). La crítica del prof. Jaén Vallejo va dirigida desde un punto de vista doctrinal no tanto a la misma resolución del problema objeto de la monografía, sino más ampliamente a las consecuencias generales que en el marco de la teoría general del delito se producen. Sin embargo, obviando estas consideraciones, las críticas a las sugerentes propuestas del prof. Berdugo Gómez de la Torre, las dirige tanto a las consecuencias del concepto normativo de honor del que parte, que conducen a la inclusión de la falsedad de la imputación en el tipo, como a la exigencia del *animus iniuriandi*. Ello a la postre conduce a la doble valoración de la prueba de veracidad en las injurias, al volverse sobre su análisis en el marco de las causas de justificación; y sobre todo a una doble confrontación de la colisión de derechos entre libertad de expresión y honor: una primera en sede del elemento subjetivo del injusto con la concurrencia de los diferentes *animi* y una segunda en el marco de las causas de justificación.

Una tercera vía de solución es la propugnada por el prof. Morales Prats (6), a través de la adecuación social como característica que excluiría la tipicidad de la conducta. Una primera problemática general que plantea esta propuesta es el de la falta de un consenso doctrinal acerca de este concepto formulado en su momento por Welzel, ya que como indica el autor muestra una «heterogeneidad de los casos

---

(4) GARCÍA PABLOS Y MOLINA: «La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión» en *Estudios Penales*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984, página 400.

(5) Sobre la misma puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «Honor y libertad de expresión» (las causas de justificación en los delitos contra el honor). Ed. Tecnos. Madrid, 1987; idem: «Delitos contra el honor» en *Documentación Jurídica* (monográfico dedicado a la P.A.N.C.P.), vol. 1, núms. 37/40. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1983, págs. 633 y ss.; idem: «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad» (especial referencia a la problemática jurídico-penal), en A.D.P.C.P., t. XLIV, fasc. II. Ed. Ministerio de Justicia, págs. 339 y ss. y también en VV.AA.: «Libertad de expresión». Anuario de 1990 del Departamento de Ciencias Políticas y Derecho Público. Universitat Autònoma de Barcelona. Ed. P.P.U. Barcelona, 1991, págs. 41 y ss.

(6) Vid. exposición de la misma en MORALES PRATS: «Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero, I), núm. 12, 1987. Granada, 1989, págs. 252 y ss.; y en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES: «La intervención del Derecho penal en la protección del honor: utilidad y condicionamientos», en *Poder Judicial*, núm. extraordinario XIII. Ed. C.G.P.J. Madrid, 1990, págs. 65 y ss.

a los que pretende aplicarse, y por la imprecisión y relatividad del mismo concepto de adecuación social, que afecta gravemente a la seguridad jurídica» (págs. 222-3). Nuevamente la exposición crítica se dirige a los problemas de duplicidad de planteamiento del conflicto: una primera en la comprobación de la adecuación social del ejercicio de la libertad de expresión y una posterior en la antijuridicidad, en el ejercicio de un derecho a la que también acota un campo de juego, si bien no demasiado preciso. Esta sería probablemente la más certera objeción al profesor Morales Prats, la confusión de su propuesta hace que finalmente no pueda conocerse muy bien cuál es la comprobación real que deba realizarse en el juicio de adecuación y en el de antijuridicidad.

Por ello parece lo más conveniente, y así lo asume el autor del libro, reconducir la resolución de todos los conflictos al marco del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión. Ello a su vez exige el análisis de las condiciones o elementos objetivos que deben concurrir para afirmar la presencia de esta causa de justificación, y principalmente el de la veracidad.

La veracidad plantea una doble problemática, la de su relevancia y la de su ubicación. El autor parte para su estudio de dos presupuestos: a) en los delitos contra el honor no se protege la intimidad (pág. 236), y b) el concepto de honor constitucionalmente consagrado es el personal normativo, ya que «nadie puede carecer del respeto que de aquélla (sic. la dignidad personal) dimana, salvo que el comportamiento del afectado le quite el carácter ofensivo a la afirmación contra él dirigida, porque en tal caso el afectado, en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, habría decidido cometer delitos, o bien realizar la conducta que ha determinado la acción del autor» (pág. 237).

Ello llevaría en coherencia a entender que la falsedad es un elemento objetivo del tipo, conclusión a la que, sin embargo, en prof. Jaén Vallejo dedica varias páginas en rebatir, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

a) De formar parte del tipo el dolo debería alcanzarlo, con lo que en caso de error, tal sería de tipo, e incluso en el caso de ser vencible sería impune. Además, la carga de la prueba la deberá asumir el afectado, «lo que resulta inadmisibles» (página 237).

b) Impediría tomar en consideración el ejercicio de la libertad de información como causa de justificación, ya que ubica la resolución del conflicto en el tipo subjetivo, lo que minimiza el derecho al honor y el propio conflicto.

Siendo consciente el autor de las objeciones que pueden dirigírsele también profundiza en el hecho de que: a) el tipo no describe totalmente la conducta prohibida, con los problemas derivados del principio de legalidad que ello comporta; b) la tipicidad no revelaría aún la lesión del honor (pág. 241), lo que le lleva a afirmar que «la tipicidad no sería indiciaria de la antijuridicidad y, por ello, no se podría afirmar la infracción hasta que no se verifique la no veracidad del hecho imputado al otro» (pág. 242).

Resumiendo: la falsedad es un elemento imprescindible del injusto de estos delitos a partir de la asunción de un concepto normativo de honor, pero la misma no

está ubicada en la tipicidad, con lo que en estos concretos delitos la tipicidad no agota la materia de prohibición, esto es, no supone la lesión del bien jurídico.

¿Cómo es esto posible? La fundamentación es la siguiente: estamos en estos casos ante tipos abiertos o necesitados de complementación, en los que la tipicidad no resulta indiciaria de la antijuricidad. Esta no se afirma sólo a partir de una comprobación negativa —ausencia de causa de justificación—, sino que mantiene un primer escalón de comprobación positiva, lugar en el que habrá de verificarse la falsedad o no de la imputación y por tanto, ahora sí, la efectiva lesión del honor (páginas 247-8).

Sin embargo, esto, según el propio autor, tampoco sería excluyente de una posterior comprobación de la existencia o no del ejercicio a la libertad de expresión, ya que ante un eventual fracaso de la prueba de la verdad, todavía podrá, en sede de las causas de justificación, comprobarla. Esta vez entendida la veracidad de forma subjetiva como «el cuidado debido en lo referente al contenido de la veracidad de su declaración» (pág. 249).

Diferentes son las objeciones que pueden plantearse a las propuestas del autor. Se puede comprobar a lo largo de toda la exposición que el razonamiento del autor es de un eminente sentido práctico, esto es, las posturas dogmáticas sobre la ubicación y relevancia de la falsedad no dependen tanto de estrictos criterios sistemáticos, sino que las orienta a los resultados y consecuencias político-criminales o procesales, a saber: evitar la impunidad del error sobre la veracidad, dotar de un sentido institucional a la colisión libertad de expresión-derecho al honor al situarlo en el marco de las causas de justificación y evitar que la prueba de la falsedad quede en manos del agraviado.

Ahora bien, dicho razonamiento aparece como confuso y además, tal como reconoce el autor, supone una verdadera tergiversación de las funciones que se otorgan a cada una de las categorías del delito. Por muy loables y correctas que puedan ser los resultados político-criminales que se apuntan, no por ello puede desistematizarse una teoría general del delito que, como la actual, aparece ya lo suficientemente confusa. A lo sumo, lo que no es poco, podrán aportarse interesantes sugerencias desde la perspectiva de una reforma en la tipificación de estos delitos. Señalaré algunos de los inconvenientes que a mi parecer plantean las posturas que el autor defiende.

En primer lugar se llevan a cabo unas afirmaciones que resultan sorprendentes por contradictorias: la tipicidad se basa en afirmaciones injuriosas o en la imputación de un delito, y con ello ya se estaría afectando el derecho al honor (pág. 275). Sin embargo, el aconcepto de honor del que se parte es el del honor «merecido». Entonces, ¿cómo puede decirse que son injuriosas unas afirmaciones o calumniosas unas imputaciones, y por tanto que afectan al derecho al honor, si todavía no se ha comprobado la falsedad o no de las mismas? Desde luego no afecta, si seguimos el concepto de honor delineado por el autor, al honor «merecido» la imputación de que Fulanito se ha apropiado de tanto dinero público o que acude al trabajo en estado de embriaguez en detrimento de sus funciones, y, sin embargo, parecería que sólo con ello, sin esperar la comprobación de su falsedad —que sí supondría ya la plena comisión del injusto—, debe afirmarse la

tipicidad de la conducta y con ello poner en movimiento todos los mecanismos de la justicia penal.

De modo que la propuesta del autor parece la siguiente: afírmese la tipicidad de una conducta, sin lesión de bien jurídico alguno, y compruébese dicha efectiva lesión en el juicio de antijuricidad. Cuando, por el contrario, el juicio de antijuricidad debiera estar reservado para la comprobación no de dicha lesión, que debe agotarse en el juicio de tipicidad, sino de su carácter justificado o no conforme al Ordenamiento jurídico en general y al penal en particular.

La inclusión de la falsedad en la tipicidad, en los casos en que tal pudiera estar incluida —principalmente en las calumnias— no supondría una minimización ni del conflicto entre Derechos Fundamentales, ni del derecho al honor, tal como pretende el prof. Jaén Vallejo, si no que lo que supone es una minimación del ejercicio de la libertad de expresión, que parecería permanentemente en entredicho, al otorgarse una preminencia absoluta al derecho al honor. Además de exasperarse un conflicto que es inexistente, y ello sencillamente porque una imputación verdadera nunca puede afectar al derecho al honor «merecido», y por tanto nunca podrá ser típica esa conducta, so pena de volver a reafirmar el tan denostado concepto de honor «aparente».

Por ello el dolo en tal caso sí debe abarcar la falsedad de la imputación y el error que sobre el mismo recaiga deberá por tanto ser tratado conforme a las reglas del error de tipo, lo que no supondría su automática impunidad, pues primeramente habrá de comprobarse si dicha alegación es atendible, esto es, en qué fundamenta su creencia racional de que dicho elemento del tipo no concurría —lo cual sería fácil a partir de la actividad desplegada para la comprobación de ese extremo—; y en segundo lugar habrá muchos supuestos en que ese elemento del tipo haya podido ser abarcado con dolo eventual, lo que sí sería punible.

Con este mismo razonamiento pueden despejarse las dudas acerca de sobre quién recaerá la prueba de la falsedad, evidentemente esto no puede correr a riesgo del que emite opiniones, pues sería contrario a la presunción de inocencia, ni por supuesto va a exigirse al agraviado el que haga prueba de la falsedad de la imputación en el sentido de una no correlación objetiva de lo narrado con la realidad, sino que aquél deberá sólo poner de manifiesto cuál ha sido la actividad que le ha llevado al convencimiento de la imputación. Si tal se produce nos encontraremos ante un error invencible de tipo, esto es, hay ausencia de dolo. Cosa distinta, lo que no prejuzgamos ahora, es si esta conducta será merecedora de responsabilidad civil, lo mismo que ocurriría si el error, al tenor de no toda la actividad diligente que se le podría haber exigido al sujeto activo, fuera considerado vencible.

Un último problema que me gustaría apuntar es el del concepto de veracidad/falsedad. Parece que desde las posturas defendidas por el autor se mantiene un doble concepto: objetivo —correlación de lo imputado con la realidad— y subjetivo —actividad dirigida al conocimiento de lo acaecido—. El primero sería el reservado para la comprobación en el primer escalón de la antijuricidad, esto es, la falsedad que forma parte del injusto del delito, y el segundo como requisito de la causa de justificación. Sólo esa doble conceptualización permite poder se-

guir manteniendo al prof. Jaén Vallejo las posibilidades de resolución del conflicto de derechos a través del ejercicio de un derecho (art. 8.11), ya que en caso contrario, con la comprobación en la primera fase de afirmación positiva de la antijuridicidad de la veracidad o no de la imputación, no habría lugar a su colisión, o bien porque no se ha podido afirmar la efectiva lesión del honor, o bien porque en caso contrario nunca podría justificarse una conducta que exige como requisito la falsedad a través de una causa de justificación que exige como requisito la veracidad.

Cabe destacar, para finalizar, tanto la extensa bibliografía manejada por el autor, como la relación cronológica de sentencias del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo que se inserta como anexo al presente libro.

Estamos, pues, ante un meritorio trabajo de estudio interdisciplinar, que nos recuerda que los problemas planteados en el Derecho penal, no son exclusivos del mismo, sino que la mayoría de las ocasiones aparece condicionado por los pronunciamientos constitucionales y por las interrelaciones con otras ramas del Ordenamiento, en este caso el civil. Sólo de agradecer supone que el autor se haya enfrentado a los múltiples y fundamentales problemas que plantea el tema, no limitándose a una mera enumeración de lo ya dicho, sino implicándose en su resolución y aportando nuevas perspectivas, que enriquecen el problema.

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

*Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.*

**MAPELLI CAFFARENA, Borja: «Estudio Jurídico-Dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad». Edt. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1990, 163 páginas.**

El tema de las condiciones objetivas de punibilidad presenta un indudable interés político-criminal y dogmático, suponiendo a la vez un reto desde el punto de vista doctrinal. Las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias y en general todo lo relacionado con ese pretendido cuarto elemento de la teoría del delito —la punibilidad—, han recibido un escaso tratamiento causado por la falta de consenso doctrinal en torno a su existencia o no como entidad sustantiva propia, lo que ha redundado en la ausencia de una visión unitaria de su problemática.

Esta situación viene a ser remediada en parte por el presente estudio, que coincide casi en el tiempo con la publicación de otra monografía sobre el tema realizada