

Para una revisión de la dogmática de los delitos contra el honor

ENRIQUE BACIGALUPO

Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo

I

El sistema penal de la protección del honor es uno de los capítulos del Código penal más resistentes a todos los programas de reforma integrales del derecho criminal. Si se observan los textos proyectados en 1980, 1983, 1992 y 1994 se verá que las ideas básicas de la redacción de 1848 no han sido puestas en duda (1). En términos generales se puede decir que en el derecho vigente el honor es protegido frente a las imputaciones falsas de delitos que pueden ser perseguidos de oficio y frente a las expresiones de menosprecio o deshonrantes, en este caso con independencia de su veracidad. Este sistema ofrece en primer lugar dudas respecto del objeto de protección, pues la calumnia tiene una notoria cercanía en la denuncia falsa y la injuria más que el honor parece proteger cierto ámbito de privacidad y tranquilidad.

El origen de la regulación de los tipos de la injuria y la calumnia está en el Código de 1822 (arts. 699 y ss.), que distinguió uno y otro delito según que se tratara de palabras o manifestaciones por hechos realizados para deshonrar, afrentar, etc. (injuria, art. 703) y la imputación de un hecho falso (calumnia, art. 699). La imputación falsa de un «delito o culpa» era una hipótesis típica agravada de la calumnia. Muy probablemente los autores del Código de 1822 tuvieron en cuenta el Código Francés de Napoleón y en él se inspiraron para la elaboración de los delitos contra el honor. Este origen marcará el desarrollo de los delitos contra el honor

(1) Confr. P1980, arts. 220 y ss.; PAPCP 1983, arts. 194 y ss.; P1992 arts. 204 y ss.; P1994, arts. 197 y ss.

en una forma especialmente notoria en relación al bien jurídico protegido. En efecto, en el derecho francés, antes y después de la reforma de 1992 (2) el delito de calumnias no parece concebido como un delito contra el honor, sino como una denuncia falsa y el delito de injurias tampoco parece vincularse con el honor de una persona, sino con un bien jurídico de contornos menos precisos. Ambos delitos aparecían en el antiguo Código Francés de 1810, después de la reforma introducida por la Ley de 17 de mayo de 1819, entre los «atentados a la vida privada, denuncia calumniosa y revelación de secretos» (arts. 368 y ss.). La similitud del art. 373 de este Código con el 325 del Código Penal es notoria. El delito de injurias, que se encontraba en el art. 376 fue excluido del Código Penal y se encuentra sólo en el art. 29 de la L. de 29 de julio de 1881 (3). La reforma del Code Napoléon de 1819 introdujo la regla de la irrelevancia de la *exceptio veritatis*, poniendo de esta manera en entredicho que el delito de injurias tenga el propósito de proteger el honor, pues si los hechos son verdaderos lo que, en todo caso, se protegería sería un honor meramente aparente (4). De esta manera el derecho francés distinguió los tipos de *denuncia* calumniosa (consistente en la imputación ante oficiales públicos de un hecho delictivo) de la injuria (en la que se trata de la imputación pública de un «vicio determinado»). La prueba de la verdad se limitó a los casos de imputaciones contra «los depositaires ou agents de l'autorité ou contre tout personnes ayant agi dans un caractère public, des faits relatifs a leurs fonctions» (5).

La recepción de este sistema de protección en el Código de 1848 (arts. 365/381) fue clara, aunque con algunas modificaciones. La Calumnia no requiere la denuncia ante la autoridad y la injuria sólo requiere la publicidad en el caso de las leyes (art. 372). La *exceptio veritatis* está cargo del acusado en la calumnia (art. 368) y, en las injurias, limitada a las imputaciones realizadas «contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo». Por lo tanto, de esta manera se introdujo en el derecho español una regulación que tiene la finalidad de proteger el honor, pero que no parece totalmente ajustada a este bien jurídico. Como se dijo, la calumnia es más cercana a la falsa denuncia y, por ello, a un delito con-

(2) L. n.º 92-683, de 22 de julio de 1992, que introdujo el nuevo Código Penal para Francia.

(3) A la que fue incorporado en 1944.

(4) Sobre el problema de la verdad de la imputación y la protección del honor y la reforma francesa de 1819 ver, CHAUVEAU ADOLPHE et FAUSTIN HÉLIE, *Theorie du Code Penal*, V. 1.ª ed., T. 4, 1887, pp. 602 y ss.; K.J.A. MITTERNAIER, *Notas al Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, de FEUERBACH, 14 ed. 1847, nota IV al * 289, p. 472; críticamente también respecto de la ley francesa de 1819; CARRARA; *Progamma del corso di Diritto Criminale*, PS, 6.ª ed., vol. III, 1897, p. 36, especialmente pp. 189 y ss.

(5) La cuestión de la verdad de la imputación y su significación en la injuria fue motivo de muy fuertes controversias en el s. XIX; ver al respecto, FEUERBACH, *loc. cita*, nota 4, pp. 470 y ss.; CARRARA, *loc. cita* nota 4, pp. 184 y ss.; MITTERMAIER, *loc. cita* nota 4.

tra la administración de justicia, como lo demuestra su práctica superposición con el art. 325 CP, o contra la persecución injusta de un ciudadano. La justificación misma de esta duplicidad de delitos es más que dudosa. A su vez, una injuria que, por regla, sanciona también las imputaciones de hechos verdaderos tiene mas cercanía con un delito contra los secretos privados que con un delito de protección del honor, dado que —como ya se dijo— la punibilidad en el caso de hechos verdaderos puede llegar a proteger un honor que no es merecedor de protección. Como dice WELZEL, el honor es «un aspecto de la dignidad personal que tiene cada persona por el hecho de serlo. Por ello —agrega— al honor le corresponde la pretensión de no ser disminuido inmerecidamente por debajo de la honra real (Ehrbestand)» (6). Esta relación desarmonica entre el honor real, entre el honor que corresponde a la honra verdadera de cada uno, y un tipo penal que permite también la protección de una honradez o integridad en el obrar que no existe, permite poner en duda el punto de partida del legislador y su concepción del honor (7).

En resumen, se puede decir que la situación legislativa actual no es precisamente clara en la Ley penal y que esta falta de claridad es consecuencia de una distinción poco rigurosa de los conceptos de honor, intimidad y derecho al secreto, implícita en el modelo legislativo francés que le sirvió de modelo. A ello se debe agregar que la LO 1/82, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen, tiene un presupuesto teórico-jurídico muy diverso del que se acaba de caracterizar como propio del Código Penal, pues proviene de la concepción alemana del *derecho general de la personalidad*. Lamentablemente en esa ley el concepto de un derecho general de la personalidad tampoco ha sido bien entendido, pues se lo ha mezclado con el honor, que en realidad es ya algo diferente (8).

Una situación legal de estas características, que no se apoya en una síntesis racional de diversas concepciones, sino en una yuxtaposición más o menos casual, exige una reelaboración urgente y cuidadosa de la interpretación de los delitos contra el honor, sobre todo con miras a una futura reforma de los mismos. Esta reelaboración debe tener como principal objetivo extremar el rigor en la distinción entre el bien jurídico honor y otros, como la intimidad o la propia imagen, que tiene su propia configuración.

II

1) El *delito de calumnia*, tal como aparece definido en el art. 453 CP, consiste en la imputación falsa de un delito que dé lugar a un procedimiento de oficio. La ley conoce otra forma atenuada de calumnia, que

(6) *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. 1969, p. 303.

(7) Sobre esta cuestión del delito de injurias ver, BACIGALUPO, en *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.^a ed. 1994, pp. 135 y ss., pp. 151 y ss.

(8) Confr. ARTZ, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphaere*, 1970.

el legislador ha denominado «injuria grave», en el art. 458.1.º CP y que —si se tiene en cuenta que el problema no es meramente nominalista— responde a la misma estructura conceptual que el tipo del art. 453 CP, del que sólo se diferencia en un aspecto que no afecta lo que BELING (9) hubiera llamado «la imagen directriz» del tipo del delito (10).

En la interpretación de los elementos de la calumnia se percibe —sobre todo en su desarrollo jurisprudencial— una fuerte influencia de la falsa denuncia y, más precisamente, de la denuncia calumniosa francesa. En efecto, partiendo de exigencias de una denuncia falsa, la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo que la imputación debe ser concreta, terminante y contener los elementos requeridos para definir el delito que se atribuya a otro. Paralelamente las expresiones vagas o genéricas, tales como «eres un ladrón», no deben ser consideradas calumnia (11). La conexión de este punto de vista con su antecedente francés es claro. En Francia estas exigencias se imponían a la denuncia calumniosa, pues este delito requiere que «la primera condición de su existencia sea que el acto revelador constituya una *denuncia*» (12).

Lo estricto de estos requisitos contrasta con la solución dada al caso de la imputación de un delito que da lugar a un procedimiento de oficio cuando el hecho punible imputado se halla prescrito (13). Es evidente que, si es posible que la imputación de un delito prescrito pueda afectar el honor, la necesidad de que el hecho imputado sea perfectamente típico puede ser puesta en duda, dado que sólo podría ser explicado por medio del peligro de persecución penal que la imputación entraña y que sólo se justifica en un delito como la «denuncia calumniosa» francesa o el del art. 325 CP.

La jurisprudencia ha considerado también que la imputación de una falta no es suficiente para la tipicidad en los términos del art. 453 CP (14). Este punto de vista también es discutible, pues se apoya en una concepción ontológica de las faltas que hoy parece totalmente abandonada. Si, por el contrario, las faltas no son sino hechos punibles merecedores de una pena atenuada, parece claro que su capacidad lesiva del honor no puede ser puesta en duda y que una interpretación tan literal como ésta

(9) *Die Lehre com Tatbestand*, 1930.

(10) Problemas nominales como este existen muchos en el derecho penal: homicidio y asesinato, robo y hurto, malversación y apropiación indebida, etc. Se trata de delitos que comparten una misma «*imagen directriz*», pero que difieren en otros elementos. La cuestión de si el distinto nombre que adoptan unos y otros importa algo más que una cuestión de palabras, constituye un problema de considerable entidad.

(11) Así SSTS de 17 de junio de 1905; 31 de enero de 1906; 15 de diciembre de 1921; 30 de noviembre de 1921; 12 de diciembre de 1921; 15 de febrero de 1921; 21 de marzo de 1930; 16 de enero de 1969; 20 de octubre de 1975; 16 de octubre de 1981; 15 de febrero de 1984; 17 de noviembre de 1987. En el mismo sentido PACHECO, *El Código Penal*, Tomo II, 2.ª ed. 1856, pp. 169 y ss.

(12) CHAUVENU ADOLPHE, *Hélie*, nota 4, p. 604.

(13) STS 3 de octubre de 1960.

(14) STS 6 de noviembre de 1987.

resulta inadecuada para la protección del bien jurídico. La imputación de una estafa o de un hurto de valores superiores a 30.000 pts. no es, parece obvio, un hecho irrelevante para la honra de una persona; bajo ciertas circunstancias hasta puede ser todavía más deshonroso que hacerlo por una suma mayor. En todo caso: ¿por qué razón lesionaría el honor en la forma agravada de la calumnia la estafa de 30.001 pts. y no la de 29.999 pts.? ¿Por qué razón la imputación a un Juez de una falta de hurto va a afectar menos su honor que la acusación de haber sustraído 100.000 pts.? Aquí se vuelven a presentar problemas puramente terminológicos: si las faltas constituyan delitos sancionados con penas especialmente atenuadas, y no entendidas «ontológicamente» diversas de los delitos, su exclusión de la punibilidad de las calumnias no parece, al menos, incuestionable.

Todo lo anterior permite extraer una consecuencia fundamental desde la perspectiva de la protección del honor: no importa la exactitud de la descripción del hecho delictivo, sino el carácter de reproche social elevado que tienen los hechos punibles. Por ello mismo tampoco debe tener una significación decisiva que el hecho punible imputado sea delito o falta. La distinción implica cuestiones técnico-jurídicas de cierta complejidad que el público en general apenas puede distinguir y que, consecuentemente, no disminuyen la gravedad de una imputación que sitúa al sujeto pasivo en el grupo social de los infractores de la Ley penal.

Como resultado de estas consideraciones parece claro que de *lege lata* la imputación de un delito, en el sentido del tipo penal de la calumnia, no se debería entender de manera rigurosamente idéntica a la falsa denuncia del art. 325 CP. Consecuentemente, ya la afirmación de hechos «normativamente coloreados», tanto como «la afirmación de hechos en forma verbalmente global ("ladrón", "prostituta", etc.)» (15) se debe considerar típica. Una interpretación teleológica, es decir, orientada al objeto de protección (bien jurídico) de la norma, no debería perder de vista que no es posible que la única diferencia entre la falsa denuncia y el delito de calumnia sea que la imputación haya sido hecha ante funcionario administrativo o judicial, como en general admite la doctrina dominante (16). Por lo tanto, las expresiones de juicios de valor que tienen estrecha conexión con la ejecución de acciones delictivas deben ser consideradas típicas en el sentido del art. 453 CP. A su vez, de *lege ferenda*, es necesario pensar en una reforma que abandone el modelo francés de la denuncia calumniosa, a fin y al cabo, ya contenida en el art. 325 CP, y se oriente hacia el modelo de la difamación en el sentido del art. 173 del CP suizo, del párrafo 186 del CP alemán, del párrafo 111 [1] del CP austríaco, del art. 595 del CP italiano o del art. 164 del CP portugués. En todo caso: no se

(15) STRATENWERTB, *Schw. Strafrecht I*, 1973, p. 114, en referencia al art. 173 CP suizo que define la difamación.

(16) Confr. SÁINZ CANTERO, en *ADCP 1957*; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, PE, 9.ª ed. 1993, pp. 727 y ss. con mayores indicaciones bibliográficas.

justifica la coexistencia de los arts. 453 y 325 en el mismo Código Penal.

2) Problemas de difícil solución son los que se presentan con el elemento «falsedad» de la imputación. Tradicionalmente la doctrina ha entendido que se trata de un elemento del tipo objetivo, es decir, que la falsedad de una imputación depende de la *no existencia* del hecho imputado según un juicio *ex-post* de un observador objetivo. La falsedad de la imputación de un robo, por consiguiente, se desprende de la comprobación de la inexistencia del robo realizada por el tribunal que juzga los hechos (17). La consecuencia práctica de este punto de vista es clara: un error culpable (evitable) excluye el dolo y conlleva la impunidad, dado que se estima que la realización culposa del tipo, aunque sea temeraria, no es punible (18). El grado de desprotección del honor que ésta significa es notorio. Prueba de ello es que el art. 197 del Proyecto de Código Penal de 1994 ha extendido la punibilidad a los supuestos de «*manifiesto desprecio hacia la verdad*», que se puede entender, muy probablemente, como una forma de imprudencia temeraria. La nueva orientación legislativa tiene su origen en la importante reinterpretación del elemento «falsedad» de la imputación propuesta por VIVES ANTÓN (19), que, por primera vez, ha considerado que se trata de un elemento del tipo subjetivo. «La imputación ha de ser falsa, esto es» —dice VIVES— «*subjetivamente inveraz*, bien porque se haya llevado a cabo a sabiendas de su inexactitud, bien porque se haya procedido con manifiesto desprecio hacia la verdad». La razón de esta reclasificación de la falsedad de la imputación es coherente con el punto de partida adoptado por VIVES: la tipificación de las imputaciones objetivamente falsas, en cuanto pudiera implicar una lluvia de acciones penales sobre sus usuarios produciría el efecto indeseable de desalentar el ejercicio de los derechos de información y crítica. El interés del Estado, continúa, en que tales derechos se ejerciten efectivamente y contribuyan a formar la opinión pública provoca la exclusión de la tipicidad de las *imputaciones objetivamente falsas, siempre que resulten subjetiva y fundamentalmente verdaderas*» (20). La exclusión de la falsedad o de la inveracidad del tipo penal también es postulada en Alemania respecto del delito de difamación previsto en el parágrafo 186 StGB, «en consideración al conflicto de intereses entre el autor y el lesionado» (21).

No cabe duda de que este desplazamiento de la falsedad desde el tipo objetivo al tipo subjetivo tiene una consecuencia inmediata: el tipo objetivo queda reducido a la imputación de un delito que de lugar a un

(17) Ver por todos: MUÑOZ CONDE, *loc.cit.*, p. 130.

(18) SSTS de 23 de noviembre de 1981; 30 de abril de 1982; 3 de febrero de 1984; 14 de noviembre de 1985; 19 de abril de 1986, entre otras.

(19) En *Derecho Penal*, PE, p. 687.

(20) VIVES ANTÓN, *loc. cit.*, nota 19, p. 683; en el mismo sentido BACIGALUPO, en *REDC*, 1987.

(21) LACKNER, StGB, 19. ed., 1991, parágrafo 186,7.

procedimiento de oficio. Si esto es así, toda imputación de un delito *objetivamente veraz, pero subjetivamente inveraz* debería ser típica (!), al menos como tentativa. El costo de este reordenamiento de la falsedad para resolver el problema de la temeridad, es decir de la punibilidad a pesar del error evitable sobre la veracidad de la imputación y de la reducción consiguiente de la protección penal en tales casos, obligaría, por esta vía, a una extensión inusitada del tipo objetivo.

Para evitar estas consecuencias sin una disminución notoria de la protección penal sería necesario un desplazamiento sistemático de la falsedad de la imputación, pero dentro del elemento objetivo del delito. La única categoría sistemática del hecho punible en la que los errores evitables no excluyen la punibilidad es la de la justificación. Teniendo esto en cuenta cabe preguntarse, si la falsedad de la imputación no podría constituir un *elemento objetivo de la justificación*: un error evitable sobre la falsedad sería punible, según lo establece el art. 6 bis a) III CP, si este elemento pudiera ser considerado como componente de la justificación (por supuesto negativamente formulado en el texto legal). Para ello es necesario un fundamento dogmáticamente consistente. En esta dirección la STS de 22 de abril de 1991 sostuvo que el error sobre la falsedad es, en realidad, un error sobre un elemento de la justificación, es decir, sobre un presupuesto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE. De esta manera se pueden alcanzar los mismos resultados propuestos por VIVES, aunque sin necesidad de incriminar la imputación de un hecho objetivamente *verdadero*, sólo porque es «subjetivamente inveraz». Dicho de otra manera: la diferencia entre uno y otro punto de vista tiene una parte importante de su explicación en las diferencias que separan la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad en materia de error de prohibición.

La consideración de la falsedad (aspecto negativo de la veracidad) como un elemento de la justificación surge, en primer lugar, del propio texto constitucional: el art. 20.1.d) considera la libertad de información a que ésta sea «veraz»; es obvio que aunque la libertad de expresión (art. 20.1.a)) no haga referencia expresa a la veracidad no podría significar que la Constitución garantiza el derecho a expresar hechos inclusive cuando sean falsos. Por otra parte: en la medida en que toda información es expresión de pensamiento, no cabe duda que la distinción de una y otra libertad, respecto de la exigencia de veracidad, carecería de todo fundamento material.

En consecuencia, desde este punto de vista la imputación de un hecho verdadero, pero subjetivamente inveraz, no constituirá una tentativa de calumnia (error de *tipo* al revés), sino un delito putativo (error de *prohibición* al revés) (22). Por otra parte, la punibilidad del error evitable sobre la veracidad/falsedad propuesta tanto aquí como por VIVES,

(22) Confr. por todos, CRAMER, en *Schoenke/Schroeder*, 24 ed., 16,6.

no podría ser sospechada en modo alguno de una limitación excesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 20 CE y, por lo tanto, incompatible como tal con el límite del art. 53.1 CE, dado que la veracidad de la imputación se juzgará *ex-ante*, es decir, según las posibilidades de conocimiento del autor en el momento de ejecutar su acción (23). Es interesante señalar, con miras a la reforma de estos delitos, que el art. 173.2. CP suizo establece este criterio —que constituye, de todos modos, un principio general de la justificación— de una manera expresa, pues excluye la punibilidad del autor, cuando éste «tuvo serias razones para tenerlas por verdaderas de buena fe». Similar es la distinción que contiene el párrafo 111 [3] del Código Penal austríaco.

b. En la aplicación del derecho vigente tampoco está fuera de toda duda, qué se debe entender por «falsa» imputación o, lo que es lo mismo, qué debe probar el acusado en los términos del art. 456 CP. ¿Es necesario que la imputación sea (*ex-ante* considerada) inveraz o es suficiente con que no sea posible demostrar su veracidad? La pregunta resulta legítima porque la lesión del honor puede resultar tan irreparable cuando la imputación es falsa como cuando ni el autor ni el sujeto pasivo pueden demostrar ni la veracidad ni la falsedad (p. ej. porque la prueba depende de testigos muertos o desaparecidos). Se trata de hechos que dejan sospechas que normalmente no pueden ser categóricamente desmentidas y que, por lo tanto, ensombrecen el honor de una persona abriendo un interrogante sobre si cometió o no un delito que no tendrá nunca una respuesta contundente.

La realidad de este problema se ve ratificada por otros derechos vigentes en Europa que prevén expresamente esta situación: el art. 174 del CP suizo describe la acción como «hacer aparecer a alguien como sospechoso» y el párrafo 186 del Código alemán establece como *condición objetiva de punibilidad* (24) que «el hecho no pueda ser probado como verdadero». Ciertamente esto implica el riesgo de que el autor de una afirmación verdadera resulte punible, cuando la prueba de la falsedad no sea posible. Pero este riesgo para el autor existe también en el derecho vigente español y, si se quiere, de una manera más aguda, toda vez que el art. 456 CP pone a cargo del acusado probar el hecho criminal imputado. Por el contrario, en el derecho alemán la prueba de la condición de punibilidad incumbe a la acusación (25).

Una definición de la falsedad adecuada a la finalidad de protección del honor no debería ser, por lo tanto, la que considera que un hecho falso es aquél cuya veracidad ha quedado totalmente excluida por la prueba. También se debe reputar falsa la imputación cuya veracidad no sea posible probar, pues de lo contrario el derecho vigente estaría alentando

(23) Confr. BACIGALUPO, *loc. cit.* nota 20.

(24) Así la doctrina dominante: confr. por todos LACKNER, StGB, 19 ed., 1991, párrafo 186.7.

(25) Confr. LACKNER, *loc. cit.* nota 24.

a los que recomiendan: «calumnia que algo queda». En tales casos no puede jugar a favor del acusado el principio «*in dubio pro reo*», pues una equitativa distribución del riesgo impone al que imputa un delito asumir aquél que se pueda derivar de la imposibilidad de la prueba. Ello no quiere decir, como es claro, que el art. 456 CP, al imponer al acusado la prueba, no sea sospechoso de inconstitucional. Pero, una cosa es quién deba probar y otra qué significa probar el hecho criminal imputado.

3) El tipo subjetivo también requiere una revisión. En principio el dolo requiere el conocimiento del peligro concreto de afectar el honor de otro y del carácter delictivo de los hechos imputados. Es claro que a este respecto alcanza el conocimiento paralelo en la esfera del lego. Desde el punto de vista de la «teoría de la culpabilidad» no es necesario un conocimiento actual de la falsedad de la imputación para configurar el dolo, dado que como se ha visto se la debe considerar como un elemento de la justificación, que —por ello— pertenece a la culpabilidad y no al tipo de la calumnia.

La jurisprudencia ha requerido, además del dolo, la concurrencia de un «*animus difamandi*», definido como el «propósito de atentar contra el honor y la fama del ofendido» (26). Mediante el reconocimiento de este elemento, que no surge directamente de la ley, en realidad se ha reducido la punibilidad sólo a los casos de *dolo directo* y se ha creado la base para excluir mediante el *criterio* de hacer depender la punibilidad de la imprudencia de si el tipo doloso está integrado o no por especiales elementos subjetivos de lo injusto o de la autoría (27).

Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo complementario del dolo, como el *animus difamandi*, no sólo carece, como se dijo, de un fundamento preciso en el texto legal, sino que, además reduce la punibilidad de una manera no deseable. ¿Qué razón existe para no proteger el honor de las personas frente a calumniadores indolentes, conscientes del peligro de causar una lesión difícilmente reparable? Al menos en esta materia se requiere una distinción: cabe pensar en una limitación de la punibilidad sólo a los casos de dolo directo, e inclusive sólo a los intencionales, en la calumnia *sin publicidad* (art. 455 CP); pero carece de toda justificación una reducción semejante en el ámbito de la calumnia *con publicidad*. En este sentido, no se puede sino aprobar que el P1994 haya introducido en su artículo 197 una ampliación de la punibilidad a los casos de dolo eventual y excluido en forma expresa, de esa manera, toda referencia a un «*animus difamandi*». El «temerario desprecio hacia la verdad» (28) se dará cuando el autor haya sido consciente del peligro concreto que su imputación de un delito tiene para el honor de una per-

(26) SSTS de 26 de noviembre de 1976; 16 de octubre de 1981; 12 de mayo de 1987, entre otras.

(27) Compr. ANTÓN ONECA, *Der. Penal*, PG, 1949, pp. 224/225.

(28) Propuesto de *lege lata*, como se dijo, por VIVES ANTÓN: ver *loc. cit.* nota 19.

sona. Es claro que sin esta conciencia del peligro concreto no es posible expresar el desprecio por la verdad.

Por el contrario es dudoso que sea suficiente para la punibilidad de la calumnia con la *imprudencia temeraria*. Su exclusión no necesita ser derivada del criticado punto de vista que elimina la punibilidad de la imprudencia de la existencia de «elementos subjetivos de lo injusto» en el tipo (en el sentido de MEZGER), es decir, de la incompatibilidad de tales elementos con la culpa. Pero, este criterio puramente formal, difícilmente sostenible con la distinción de lo objetivo y lo subjetivo en el abandonado sistema propio de la concepción causal de la ilicitud, carece hoy de todo apoyo en la sistemática moderna del delito, que reconoce, por un lado, un tipo objetivo y un tipo subjetivo y por el otro considera la imprudencia como una alternativa a *todo* el tipo subjetivo del delito doloso (29). En realidad, la no punibilidad de la calumnia culposa se debería derivar del *efecto irradiante de los derechos fundamentales*, concretamente del art. 20 CE. Conforme a este criterio, la interpretación del derecho ordinario no debe conducir a una reducción del contenido esencial del derecho fundamental (30), y ello es lo que ocurriría si el derecho a la libertad de expresión y de información se viera limitado por la punibilidad de la calumnia imprudente, es decir, de los casos en los que el autor desconoce el peligro concreto de lesión del honor de la imputación del hecho que realiza.

4) El *error de autor sobre el carácter delictivo del hecho imputado*, por lo demás, constituye, por regla, un supuesto de «error de subsunción», que no excluye el dolo, pero que puede ser la fuente de la que surja un error de prohibición en el caso concreto.

III

El *delito de injurias* (art. 458 CP) constituye una forma atenuada de la calumnia. El fundamento de la atenuación reside en la menor lesión del honor que tiene la manifestación de menosprecio en la que el sujeto pasivo no es tratado como un delincuente. Esta distinción de los tipos y de la gravedad de las imputaciones, según que constituyan delito o no, es insatisfactoria. En realidad procede de la adaptación, ya criticada, de la denuncia calumniosa a las funciones de un delito contra el honor y tiene, como trasfondo, una idea equivocada de la capacidad del legislador para ser quien decida sobre la percepción social de los hechos deshonrosos. Ante el público —suponiendo que «el público» fuera un

(29) Confr. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.^a ed. 1991, p. 255 y ss.; ROXIN, *Strafrecht*, AT, 2 ed. 1994, pp. 890 y ss.

(30) Confr., por todos, K. DESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 16 ed. 1988, pp. 132 y ss.

sujeto colectivo de una opinión unitaria— no siempre lo que el legislador considera delito es más grave que lo que éste no considera punible. Ejemplo de ello puede ser —acaso hoy ya no lo sea así— el supuesto de la imputación de homosexualidad: si bien no existe un delito de homosexualidad en el derecho vigente español, tratar como tal a un militar o a un sacerdote puede (o pudo) ser más grave que imputarle algún hecho establecido como delito en el Código Penal.

Asimismo, no se explica —como se adelantó al comienzo— qué razones existen aquí para una *exclusión de la prueba de la verdad*, salvo en los limitados casos en los que exista un interés estatal (art. 461 CP). La protección del honor no debería favorecer la apariencia de una honra inexistente en ningún caso y no sólo cuando se vea afectado el Estado por la deshonor de sus funcionarios. En estas condiciones el delito de injuria se convertiría en un «delito de indiscreción» (31), con la consiguiente confusión respecto del bien jurídico protegido.

De estas consideraciones se deduce que el actual sistema legislativo de protección del honor, basado en la distinción entre la calumnia y la injuria, se apoya sobre bases confusas y necesitadas de una revisión no sólo dogmática, sino también orientada a la futura configuración de la ley penal en esta materia.

IV

1) Probablemente en el *tipo objetivo* es donde la revisión de la dogmática de la injuria encuentra menos materias para la crítica. La *acción* consiste en una *manifestación de menosprecio* que sea idónea para afectar el honor. El menosprecio se puede manifestar tanto verbalmente como mediante acciones o, inclusive, omisiones. La expresión utilizada debe ser *objetivamente idónea* para afectar el honor en las circunstancias concretas en las que es utilizada. En este sentido el significado objetivo de las expresiones no es sólo un problema idiomático, sino también un problema contextual. El contexto, el marco social y la situación no pueden quedar fuera de consideración en la valoración del significado injurioso de un determinado acto verbal o comunicativo de otra especie. Precisamente la importancia que se asigna en este delito a la *adecuación social*, es decir, a los casos en los que un objetivamente injurioso pierde este carácter por el contexto social en el cual tiene lugar, es una prueba de lo que se viene afirmando. Paralelamente es claro que el mero *sentido subjetivo* dado a una expresión difícilmente puede ser considerado suficiente para la tipicidad del hecho.

(31) Confr. BELING, *Wesen, Strafbarkeit und Beweis der üblen Nachrede*, 1909, p. 48.; BACIGALUPO, *Estudios*, 2.ª ed., 1994, pp. 148 y ss.

La manifestación de menosprecio puede tener lugar mediante la *imputación de hechos* o mediante la exteriorización de *juicios de valor* sobre la persona del sujeto pasivo. Si se trata de imputación de hechos éstos deben reunir dos características: ser *proprios* (no ajenos) y *deshonrosos* (que impliquen deshonra). Los hechos ajenos pueden afectar a la intimidad personal o familiar, pero no al honor, pues, por definición, la honra de una persona depende de sus propias acciones. El honor no es un bien jurídico colectivo de grupo, sino estrictamente personal. La condición de «hijo natural», p. ejemplo, no afecta el honor, aunque pueda constituir una circunstancia que el afectado tenga derecho a guardar en secreto. Pero, no todo lo secreto, o lo que se pretenda mantener como tal, tiene relación con el honor. Es necesario, sin embargo, tener un especial cuidado en la aplicación de esta premisa, pues hay juicios de valor que se presentan recubiertos de una apariencia de hechos ajenos. Ejemplo: las expresiones «hijo de puta» sólo hacen una referencia aparente a acciones de otra persona; en realidad son la expresión de un juicio de valor sobre el destinatario de las expresiones.

El menosprecio puede también ser exteriorizado mediante un comportamiento *omisivo*, como negar el saludo a una persona en público y en un contexto determinado. Asimismo es posible la *comisión por omisión* (32). Aquí tiene singular importancia la cuestión de la posición de garante en el marco de las *actividades periodísticas*. El artículo 15 CP tiene su explicación más acabada, probablemente, en la definición de las posiciones de garante de los responsables de una publicación. La circunstancia de que esta posición de garante sólo opere subsidiariamente en los casos en los que el autor del texto, escrito o estampa no pueda ser responsabilizado o estuviere exento de responsabilidad criminal, no constituye otra cosa que un límite de la posición de garante, pero no puede ocultar la verdadera función de la disposición contenida en el art. 15 CP.

No está fuera de duda si las llamadas «*injurias indirectas*» se deben considerar típicas o no. Se trata de si el comportamiento de una persona respecto de una tercera persona puede ser considerado como una manifestación de menosprecio hacia otra que tiene con la afectada una estrecha relación: ¿es responsable de injurias al marido el amante de una mujer casada? El Tribunal Supremo Federal alemán consideró en 1954 que comete injurias contra el titular de la guarda de la niña el profesional sanitario que abusó de una menor de diez años (33) exigiéndole que no lo revelara a sus padres. A este respecto las opiniones se dividen. Algunos consideran que el supuesto no quiera ninguna problemática especial y que «la respuesta depende del sentido respectivo de la conducta en las circunstancias concretas» (34). Otros, sin embargo, establecen cier-

(32) Confr. WELZEL, *loc. cit.* nota b, p. 309.

(33) Confr. BGHSt 7, pp. 129 y ss.

(34) SCHZIDHAEUSER, *Strafrecht* (BT), 1980, p. 51.

tas distinciones: aunque, probablemente, admiten la injuria en el caso del BGHSt 7, 129, la niegan en el del marido de la adúltera (35), con el argumento de que tales subsunciones implicarían una recaída en la teoría de la *injuria mediata*, ya rechazada en el siglo pasado, que caracterizó a la dogmática de la injuria en los años treinta, pero en la actualidad nuevamente abandonada. A ello se debe agregar que el delito de injurias no debe ser utilizado para una función subsidiaria respecto de toda lesión de la personalidad no punible de otra manera.

Como se dijo, la *adecuación social* tiene una relevancia especial en este delito por el llamado «carácter circunstanciado» del mismo. Las injurias en ciertos círculos familiares o de amistad caen, por este motivo, fuera del campo del tipo penal. En la jurisprudencia esta problemática —pertenciente al tipo objetivo— se ha tratado, por lo general, bajo uno de los aspectos del *animus* que se considera elemento de este delito (36). El resultado en este tratamiento del problema no es el mejor. En realidad, un enfoque puramente subjetivo de la cuestión en la forma de la antigua teoría italiana (37) proporciona una notable inseguridad, puesto que su determinación será «un juego de prudencia de parte del juez» (...) y que «cuando el juez se convenza de que sólo se tuvo voluntad de bromear, no puede condenar solamente porque el otro no ha querido aceptar la broma, mostrando su resentimiento» (38). Por otra parte, la solución depende básicamente de que la teoría de la injuria, basada en el *animus*, tenga o no perspectivas teóricas de ser sostenida. Como ésto la discusión se traslada a los problemas del tipo subjetivo de la injuria.

2) El problema de si cabe o no la comisión imprudente del delito de injuria es idéntico al ya tratado en relación a la calumnia. Por lo tanto, no es necesario reiterar aquí lo ya dicho en relación a este último delito. La jurisprudencia ha admitido en forma constante, y paralelamente a lo que ocurre en el delito de calumnia, que en la injuria se requiere un «*animus injuriandi*». Este elemento permitiría la exclusión, ya criticada, de la punibilidad del tipo imprudente (39). La teoría del «*animus injuriandi*», sin embargo, tiene consecuencias negativas difícilmente soslayables. En primer lugar, confunde los niveles dogmáticos del tratamiento de los problemas, en especial en lo referente a la justificación. En efecto, si se la aplica estrictamente el error, es decir la suposición errónea de obrar amparado por un derecho (de libertad de expresión), hubiera debido excluir el *animus injuriandi*, lo que vendría a significar apartamiento injustificado de las reglas del error previstas en el art. 6 bis

(35) Confr. WELZEL, nota 6, p. 307.

(35) Confr. WELZEL, nota 6, p. 307.

(36) Aunque en la jurisprudencia (ver SSTS 18 de diciembre de 1931; 1 de febrero de 1957) el *animus jocandi* ha sido considerado compatible con el de injuriar.

(37) Confr. CARRARA, *loc.cit.* nota 4, p.108.

(38) *Ibidem.*

(39) Confr. BACIGALUPO, en Rev. Española de Derecho Constitucional, N.º 20/1987, pp. 83 y ss. con indicaciones jurisprudenciales y doctrina.

a) IV CP. Es probable que por estas razones la jurisprudencia y la doctrina no ha seguido consecuentemente la teoría del *animus injuriandi*, sosteniendo que éste es de apreciación inexorable «cuando resultaba claramente el valor difamatorio de las expresiones empleadas (en relación con otras circunstancias subjetivas)» (40). Es claro que esta afirmación no hace sino demostrar que el *animus injuriandi* no es esencial y que se confunde con el dolo: cuando el autor sabe del contenido injurioso de las expresiones que profiere o de las acciones que realiza, es decir, cuando tiene el conocimiento requerido por el dolo de los elementos del tipo objetivo ya no es necesario ningún otro elemento. Esta es una consecuencia necesaria de las presunciones en el ámbito del derecho material: lo que procesalmente no es necesario probar o demostrar, es lo que —en verdad— no constituye elemento del delito.

Asimismo, se ha sostenido —como complemento de lo anterior que si la conducta lesiona el honor, es decir, si es típica, no cabría alegar el derecho a la libertad de expresión o información—, pues este derecho tendría su límite objetivo en el respeto del honor. De esta manera el *animus* del autor tampoco tiene importancia cuando el autor ha lesionado el honor del injuriado. Estas consecuencias —como se ha señalado en otro lugar— (41) resultan *pragmáticamente* explicables, toda vez que una aplicación rígida del punto de vista subjetivista conduciría a una peligrosa desprotección del bien jurídico honor, pero son dogmáticamente inconsistentes.

En suma: de todos modos no se trata de ser consecuente con la teoría del *animus injuriandi*, sino de replantear la cuestión de su justificación dogmática. Una concepción del «animus injuriandi» que lo define como una «intención específica (que) es un elemento subjetivo de lo injusto» (42) no puede diferenciarlo este elemento subjetivo del dolo, pues el que conoce el carácter lesivo del honor de las palabras proferidas, sabe que lesiona el honor y eso es el dolo (43). En este sentido no tiene importancia que el dolo sea concebido según la teoría de la voluntad o en la más moderna concepción que no considera esencial el elemento volitivo del dolo (44).

El estudio realizado permite obtener ahora algunas conclusiones. Básicamente la revisión dogmática de los delitos contra el honor debería

(40) Confr. SSTS 9-2-1935; 29-9-1943; 6-10-1967; 13-3-1970; 25-4-1975; 24-2-1976.

(41) Confr. BACIGALUPO, nota 38, p. 86.

(42) MUÑOZ CONDE, *Der. Pen. PE*, 9.ª ed., 1993, p. 125; en el mismo sentido BUSTOS RAMÍREZ, *Der. Pen. PE*, 1986, p. 168.

(43) Confr. BACIGALUPO, nota 38, p. 88; QUERALT, *Der. Pen. Español*, PE, 28 ed. 1992, p. 220; redefiniendo el concepto de *animus injuriandi*, VIVES ANTÓN, nota 19, p. 691.

(44) Confr. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed. 1991, pp. 255 y ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983; otro punto de vista: ROXIN, *Strafrecht*, AT I, 2.ª ed. 1994, pp. 347 y ss.

conducir a una reconsideración de las bases en las que se ha basado el legislador para configurar estos tipos penales. Ello requiere encarar un estudio del bien jurídico que se quiere proteger y además, teniendo en cuenta la relación de estos delitos con los derechos fundamentales, también se debe pensar en una regulación de los casos en los que el legislador renunciará a la punibilidad con el objeto de no limitar por encima de su núcleo esencial el derecho a la libertad de expresión y de información, según el modelo de parágrafo 184 CP alemán.

Una reforma de estas características conducirá, sin duda, a una completa reestructuración de los tipos penales de la injuria y la calumnia, sobre bases muy diversas de las actuales.

En esta tarea serán de singular importancia estudios comparativos del derecho penal de otros Estados en esta materia, con miras a una cierta armonización del derecho europeo de la protección del honor.

