

Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales (*)

MERCEDES ALONSO ALAMO

Doctora en Derecho
Prof. Adjunta Interina
Valladolid

SUMARIO: 1. Referencias históricas y de Derecho comparado.—2 Ambito de incidencia de la prueba de la verdad. La imputación de hechos.—3. El criterio del bien jurídico.—4. La función del *animus iniuriandi*.—5. Derecho a la libre emisión del pensamiento, ejercicio de un derecho y prueba de la verdad.—6. Consideraciones finales.

1. La protección del honor en el Derecho penal español se realiza básicamente en el Título X del Libro segundo del C. p. El Título procede del C. p. de 1848. En el C. p. de 1822, bajo el epígrafe «de las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados», aparecen ya, sin embargo, algunos de los rasgos más sobresalientes de la regulación actual (1). El legislador español desde 1848, con la única excepción del C. p. de 1928, que introduce la difamación, describe la acción típica bajo las formas de injurias y calumnias (2). La protección del honor, en cuanto tal, se completa con la tipificación de la falta de injurias (las llamadas injurias livianas, del artículo 586, 1.º) en el Libro tercero del Código (3).

(*) La autora desea hacer constar su reconocimiento al Max-Planck-Institut für ausländisches und internationale Strafrecht por la beca concedida para su estancia en Freiburg i. Br. en el último trimestre de 1981, durante la cual se ha elaborado este trabajo.

(1) Así, la inadmisión de la prueba de la verdad respecto a las injurias graves, artículos 704 y 710 del C. p. de 1822.

(2) Sobre la calumnia como delito contra la administración de justicia, SÁINZ CANTERO, J. A., *El contenido sustancial del delito de injurias*, en A.D.P. C.P., 1957, pág. 86; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 3.ª ed., Universidad de Sevilla, 1979, pág. 94. En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. I., Vol. II, 2.ª ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E., Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1972, pág. 1151.

(3) Por el contrario, en las injurias al Jefe del Estado (arts. 146 y s. del C. p.), a altos organismos de la nación (arts. 156 y ss., y 161 y s. del C. p.), a ministros de la religión católica o de otro culto (art. 210 del C. p.), o en los desacatos (arts. 240 y ssi. del C. p.), el legislador ha estimado preponderantes otros bienes jurídicos. Así, por ejemplo, las injurias al Jefe del Estado constitu-

La falsedad de la imputación es en la calumnia, como puso de relieve Rodríguez Muñoz, siguiendo a Silvela, «un elemento conceptual del delito, relativo a la antijuricidad tipificada». No existe duda, dice el citado autor, de que si el hecho imputado es verdadero no surge la figura de este delito (4). La ley penal no prohíbe, por tanto, la imputación de un delito perseguible de oficio si dicha imputación es verdadera (5). La falsedad de la imputación es, pues, elemento del tipo. El honor no se protege, entonces, frente a todo ataque, sino sólo frente a aquellos ataques que consisten en una imputación falsa. De acuerdo con ello, el legislador reconoce en el párrafo primero del artículo 456 del C. p. la llamada *exceptio veritatis* al declarar que «el acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado». La verdad de la imputación determina en la calumnia la ausencia de tipo. Si la imputación es verdadera parece que existe un interés, diverso al honor, que no puede ser desatendido, a saber, el interés a que se persiga el delito imputado. Por ello se ha podido sostener que la calumnia, en tanto imputación *falsa* de un delito es, en rigor, un delito contra la administración de justicia (6).

A diferencia de lo que sucede en la calumnia, el legislador español no admite de ordinario en las injurias la prueba de la verdad. El C. p. de 1848 establecía una excepción: cuando las injurias fueran dirigidas contra empleados públicos, sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. La regulación de la calumnia y la injuria en el C. p. de 1848 sigue muy de cerca la del C. p. de Brasil de 1830 (arts. 229 y ss.). En el C. p. de Brasil la falsedad de la imputación es elemento conceptual de la calumnia (7). En la injuria, en cambio, el C. p. de Brasil de 1830 sólo admite la prueba de la verdad de las imputaciones hechas a una corporación, depositario o agente de la autoridad pública sobre hechos u omisiones contra los deberes de su funciones (8). La excepción úni-

yen un delito independiente en que lo decisivo es la dirección de ataque, fundamentalmente política, a la representación suprema del Estado; en los desacatos se discute si se protege el orden público, el principio de autoridad o el normal funcionamiento de la vida del Estado, etc. V. MORILLAS CUEVA, L., *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato*, en A.D.P.C.P., 1981, Homenaje a ANTON ONECA, págs. 681 y s. V. también, críticamente, con relación a las injurias a altos organismos de la nación, MUÑOZ CONDE, F., *Sobre aplicación de la «exceptio veritatis» al delito previsto en el artículo 161, 1.º, del vigente Código penal*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 17, 1982, págs. 258.

(4) RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER, T. I., Ed. Rev. Dcho Priv., 2.ª ed., Madrid, 1955, pág. 160.

(5) Calumnia es, dice el art. 453 del C. p., la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio.

(6) V. supra, nota 2.

(7) Según el art. 229 del C. p. de Brasil de 1830, es culpable del crimen de calumnia quien atribuya falsamente a un tercero un hecho que la ley califica criminal y que da lugar a la acción pública o a una instrucción oficial de justicia.

(8) Según el art. 239 del C. p. de Brasil de 1830, las imputaciones hechas a alguna corporación, depositario o agente de la autoridad pública, sobre hechos u omisiones contra los deberes de sus funciones, no serán sometidos a ninguna pena cuando se puebe la verdad. Por el contrario, no se admitirá la prueba de

ca del C. p. español de 1848 se mantiene en las reformas de 1850 y 1870 y en el Código de la República, de 1932. El C. p., texto refundido, de 1944 introduce una nueva excepción, que se hallaba ya en el artículo 631, 2.º del C. p. de 1928: cuando el acusado de injurias tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del núm. 1 del artículo 458 (imputación de un delito perseguible a instancia de parte) (art. 461 del C. p. vigente) (9). El análisis de la regulación de las injurias muestra que, salvo las excepciones del artículo 461, el honor se protege incluso frente a imputaciones verdaderas. Ello ha permitido sostener que la imputación verdadera de un delito perseguible de oficio no es calumnia, pero puede ser constitutiva de injuria (10).

El estudio del Derecho comparado pone de relieve que, en la regulación de esta materia, hay diversas respuestas legislativas. Rodríguez Devesa ha señalado que apenas existe otro delito en que las diferencias entre las diversas legislaciones sean mayores (11). La disposición se observa, de modo particular, en el papel que juega la falsedad de la imputación.

Así, el C. p. italiano distingue entre injuria y difamación, mientras que la calumnia es un delito contra la administración de justicia. Para distinguir entre injuria y difamación se atiende a la presencia (injuria, art. 594 del C. p.) o ausencia (difamación, art. 595 del C. p.) de la persona ofendida. Respecto a la cuestión de la *exceptio veritatis* el criterio del C. p. italiano coincide, en líneas generales, con el seguido por el C. p. español. Consiste en el rechazo inicial de la prueba de la verdad para ser admitida ulteriormente en supuestos excepcionales específicamente descritos (12). Esta técnica legislativa se ha visto

la verdad de las imputaciones que versen sobre hechos u omisiones de la vida privada, sea contra empleados públicos, sea contra particulares.

(9) En el Derecho histórico español, sin embargo, la falsedad de la imputación era elemento de las injurias. V. Fuero Juzgo, Libro XII, Título III, Leyes I, II, III, IV, V y VI. Sobre otros aspectos de la injuria en el Liber Iudiciorum, v. SERRA RUIZ, R., *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1969, págs. 21 y ss. También en las Partidas, v. Partida VII, Título IIX, Leyes I, II y III.

(10) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español. Parte especial*, 8.ª ed., Madrid, 1980, pág. 242.

(11) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 226.

(12) Según el art. 596 del C. p. italiano, el culpable de los delitos previstos en los dos artículos precedentes (injuria y difamación) no es admitido a probar, en su disculpa, la verdad o la notoriedad del hecho atribuido a la persona ofendida (párrafo primero). El párrafo tercero del mismo artículo dispone que, cuando la ofensa consiste en la atribución de un *hecho determinado*, la prueba de la verdad del hecho es siempre admitida en el procedimiento penal en los siguientes casos: 1) Si la persona ofendida es un funcionario público y el hecho a él atribuido se refiere al ejercicio de sus funciones; 2) Si por el hecho atribuido a la persona ofendida está todavía abierto o se inicia un procedimiento penal; 3) Si el querellante demanda formalmente que el juicio se extienda a comprobar la verdad o la falsedad del hecho a él atribuido. Para los supuestos de difamación cometida por medio de la prensa, el art. 596 bis dispone que son aplicables las disposiciones del artículo anterior al director o vicedirector responsable, al editor y al impresor, por los delitos referidos en los arts. 57, 57 bis y 58 (delitos

sometida en los últimos tiempos a crítica por un sector de la literatura (13).

En el Derecho francés, la ley sobre libertad de prensa, de 29 de julio de 1881, en la que se tipifican estos delitos, prevé asimismo la injuria y la difamación, pero la acción típica prohibida bajo esta denominación, no es coincidente con la del Derecho italiano. El Derecho francés no atiende a la presencia o ausencia del ofendido, sino a que se formule un juicio de valor, en cuyo caso puede estar presente una injuria (art. 29, párrafo 2.º de la Ley de Prensa), o se impute un hecho, lo que puede dar lugar a una difamación (art. 29, párrafo 1.º de la Ley de Prensa) (14). Durante un largo período se excluyó la admisión, por regla general, de la prueba de la verdad de las imputaciones. Sin embargo, el párrafo tercero del artículo 35 de la citada Ley sobre libertad de prensa, introducido por O. de 6 de mayo de 1944, rompe con la situación anterior, según la cual se admitía sólo excepcionalmente la prueba de la verdad, en atención al interés público, y dispone que la verdad de los hechos difamatorios puede ser probada siempre, salvo: a) que la imputación concierna a la vida privada de la persona; b) que se refiera a hechos que se remontan a más de diez años; c) que la imputación se refiera a un hecho constitutivo de una infracción amnistiada o prescrita, o que ha dado lugar a una condena cancelada por la rehabilitación o la revisión (15). Se invierte, por tanto, la relación regla-excepción, en el sentido de que lo que era excepcional, esto es, la admisión de la prueba de la verdad, pasa a ser la regla, si bien sometida a su vez a excepciones.

En esta misma línea se hallan los códigos penales austriaco y suizo. El C. p. austriaco tipifica la injuria (párrafo 115), el reproche

cometidos por medio de la prensa periódica, de la prensa no periódica, y de la prensa clandestina). La injuria o, en su caso, la difamación, estarán presentes a pesar de la prueba de la verdad, en los supuestos excepcionales en que ésta es admitida, cuando los modos empleados hagan por sí mismos apreciables los citados delitos, según lo dispuesto en el último apartado del art. 596. Los supuestos excepcionales en que se admite la prueba de la verdad han sido introducidos por D. L. L. de 14 de septiembre de 1944.

(13) Así, MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1973.

(14) Según el art. 29 de la Ley de Prensa, toda alegación o imputación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de la persona o de la corporación a la que el hecho es imputado es una difamación. La publicación directa o por vía de reproducción de esta alegación o de esta imputación será castigada, incluso si es hecha en forma dubitativa o si se dirige a una persona o una corporación no nombrada expresamente, pero cuya identificación es posible por los términos de los discursos, gritos, amenazas, escritos o impresos, pasquines o carteles incriminados. Toda expresión ultrajante, términos de desprecio o invectiva que no encierre la imputación de un hecho es una injuria.

(15) La regulación de la *exceptio veritatis* se completa en los párrafos primero y segundo del mismo art. 35 de la ley sobre libertad de prensa; v. VOUIE, R., *Droit pénal spécial*, T. I, 3.ª, ed. Dalloz, 1971, pág. 262; VERÓN, M., *Droit pénal spécial*, Masson, París, 1976, págs. 168 y s. En el Derecho francés se ha adoptado el criterio de admitir generalmente la prueba de la verdad. Sin embargo, la falsedad del hecho imputado no es elemento constitutivo del delito de difamación; v. *Diffamation*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, 2.ª ed., Chap. 2,19.

de una acción punible decidida ya judicialmente (parágrafo 113) (16), y la difamación (parágrafo 111). Tras la regulación de la difamación, dispone el núm. 3 del parágrafo 111 que no se impondrá pena si el autor demuestra que la imputación es verdadera (e incluso si cree erróneamente que su imputación es verdadera) (17). El parágrafo 112 establece los límites a esta regla: no se admitirá la prueba de la verdad o de la buena fe sobre hechos que conciernen a la vida privada o familiar, ni sobre acciones punibles sólo a instancia de un tercero.

El C. p. suizo, que distingue entre injuria, calumnia difamación, parte asimismo de la admisión de la prueba de la verdad en la difamación. El artículo 173, 2, dispone que el inculpado no incurrirá en ninguna pena si prueba que las manifestaciones que ha formulado o divulgado son conformes a la verdad, o que tenía razones serias para tenerlas de buena fe por verdaderas. El núm. 3 del mismo artículo establece los límites a esta regla: no se admite la prueba de la verdad de las manifestaciones formuladas o divulgadas sin consideración al interés público o sin otro motivo fundado, así, con la intención de hablar mal de otro, especialmente si hacen referencia a la vida privada o familiar.

También en el C. p. alemán es decisiva la falsedad de la imputación en la injuria. Se refleja aquí la célebre fórmula de A. D. Weber, a menudo recordada entre los autores, según la cual «las verdades no son nunca injurias». Esto se mantiene hoy con las matizaciones que a continuación se verán. La técnica del C. p. alemán es el último término coincidente con la del Derecho austriaco, suizo y francés, pero se aparta de ellos en la no formulación de excepciones, en particular el límite de la vida privada, a la regla general de admisión de la prueba de la verdad en las injurias. Las injurias sólo están presentes, a pesar de la prueba de la verdad, cuando el carácter injurioso derive de la *forma* o *circunstancias* en que se han proferido (parágrafos 185 y 192). En la injuria (parágrafo 185) la falsedad de la imputación es, según

(16) Según el párrafo 115, 1) del C. p. austriaco, comete injuria quien públicamente o ante varias personas injurie a otro, se burle de él, le maltrate físicamente o le amenace con malos tratos físicos, si el hecho no está castigado con pena más grave. El parágrafo 113 dispone que comete el delito de reproche de una acción punible decidida ya judicialmente quien reproche a otro de modo perceptible por un tercero una acción punible cuya pena haya sido cumplida o prevista o remitida condicionalmente o aplazado provisionalmente el pronunciamiento de la pena.

(17) Parágrafo 111, 1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o pena de multa de hasta 360 fracciones de un día el que atribuya a otro, de modo perceptible por un tercero, una cualidad o actitud espiritual despreciable, una conducta deshonrosa o un comportamiento contrario a las buenas costumbres, apropiados para hacerle despreciable o rebajarle ante la opinión pública. 2) El que cometa el hecho mediante impresos, radiodifusión u otro modo por el que la difamación pueda tener amplia publicidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa de hasta 360 fracciones de un día. 3) No se impondrá pena alguna si el autor demostrara que la afirmación es verdadera. En el caso del apartado 1 tampoco habrá lugar a imponer una pena si se acredita que, dadas las circunstancias, el autor tenía razones suficientes para considerar su afirmación como verdadera.

un sector de la doctrina, elemento del tipo (18). El párrafo 185 no contiene un concepto legal de injuria. Doctrina y jurisprudencia entienden comprendido aquí, junto a las injurias reales, esto es, las que consisten en la realización de una acción, el ataque al honor realizado con expresiones irrespetuosas o de desprecio. Tales manifestaciones de desprecio pueden consistir en juicios de valor o en la imputación de hechos (19). El C. p. alemán tipifica además la difamación (párrafo 186), que consiste en la afirmación o difusión de una circunstancia de hecho idónea para desprestigiar o desacreditar a otro ante la opinión pública, si el hecho afirmado no puede ser probado como cierto, y la calumnia (párrafo 187) en la que el sujeto imputa un hecho falso de mala fe.

El estudio comparativo de la regulación de esta materia muestra que, en el reconocimiento legal de la prueba de la verdad, se presentan dos líneas diversas que tienden a encontrarse. Así, en el Derecho alemán se admite la prueba de la verdad en la injuria habiéndose sostenido incluso por un sector de la literatura que la falsedad de la imputación es el elemento del tipo. Ello ha permitido hablar de un fanatismo hacia la verdad (20). En esta situación aparecen tendencias dirigidas a establecer límites a la admisión general de la prueba de la verdad, en especial si las imputaciones hacen referencia a la vida privada (21). El

(18) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20 Aufl., C. H. Beck, München, 1980, pág. 1269. En sentido diverso, con base en la regulación de la difamación, v. MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, 6 Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1977, págs. 221 y s.

(19) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., página 1269.

(20) ARZT, G., *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1970, pág. 144. La injuria puede estar presente, sin embargo, a pesar de la prueba de la verdad, en atención a la forma o circunstancias en que se ha proferido, de acuerdo con el párrafo 192 antes citado.

(21) A diferencia del C. p. austríaco, por ejemplo, no establece el Derecho alemán un límite a la prueba de la verdad si la imputación contraria al honor hace referencia a la vida privada personal o familiar. Respecto a la relación entre admisión de la prueba de la verdad y tipificación del llamado delito de indiscreción, v. ARZT, G., *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, cit., págs. 144 y ss. Para la historia del problema, v. también SCHMIDT, G., *Zur Problematik des Indiskretionsdelikts*, ZStW, 79, 1967, págs. 742 y ss. El Proyecto de Código penal alemán de 1962 tipificaba, dentro del capítulo relativo a las lesiones al ámbito personal de vida y secreto, un particular delito (párrafo 182), consistente en la afirmación de hechos injuriosos relativos a la vida privada o familiar de otro. El hecho era considerado punible con independencia de la verdad o falsedad de la afirmación, no procediendo en ningún caso la prueba de la verdad. Un precepto semejante no es recogido, sin embargo, por la Ley de Introducción al Código penal, de 1974, de donde procede la actual regulación de la materia del capítulo 15 del C. p. Sobre estas cuestiones, antes de la reforma, HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, págs. 226 y ss.; TENCKHOFF, F., *Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände*, Duncker/Humboldt, Berlín, 1974, págs. 134 y ss. Con relación a Derecho austríaco, anterior al nuevo C. p. de 1975, que ya excluía, sin embargo, la prueba de la verdad de las imputaciones relativas a la vida privada o familiar, v. ROEDER, H., *Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt*, Festschrift für R. MAURACH, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, págs. 360 y ss.

Derecho francés ha seguido el proceso inverso: desde la no admisión de la prueba de la verdad por regla general se pasa al sistema opuesto caracterizado por la admisión inicial, pero sometida a límites. Como luego se pondrá de relieve, el reconocimiento del derecho a probar la verdad de las imputaciones supone un tránsito desde la protección del honor formal o aparente hacia una materialización del concepto de honor. Los códigos italiano y español no han experimentado una evolución paralela. Partiendo de una situación análoga a la del Derecho francés no se han modificado en el mismo sentido que éste, sino que han permanecido anclados en la admisión sólo excepcional de la prueba de la verdad. Según H. Roeder, cabe advertir en este punto la diversa orientación de los sistemas germánicos y latinos (22). Mientras aquéllos admiten, por regla general, la *exceptio veritatis*, éstos se muestran reacios a su admisión. De acuerdo con ello se ha podido afirmar que se protege en estos países (Italia y España como más representativos) el honor aparente o formal respecto al cual es indiferente la verdad o falsedad del hecho imputado. Tal restricción de la prueba de la verdad en los países latinos ha sido interpretada con evidente exageración, como ha observado Quintano Ropollés. «como un desinterés por éstos hacia la verdad y hasta como un inconfesado homenaje a la hipocresía» (23).

En el Proyecto español del C. p. de 1980 esta situación permanece básicamente inalterada. El Proyecto introduce algunas modificaciones particulares en la tipificación de las injurias por su gravedad, a las que luego se hará referencia. Respecto al debatido tema de la prueba de la verdad en las injurias, el artículo 227 del Proyecto de C. p. mantiene la fórmula del artículo 461 del C. p. vigente, al disponer que «al acusado de injuria no se le admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones sino cuando éstas fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo o cuando tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del número primero del artículo 224», esto es, la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio. Y concluye el párrafo segundo «en estos casos será absuelto el acusado si probate la verdad de las imputaciones». El Proyecto mantiene, por tanto, el criterio general de que en las injurias no cabe invocar la verdad de las imputaciones.

2. La cuestión de la prueba de la verdad se plantea en las injurias que consisten en la formulación de imputaciones. El C. p. español prevé, sin embargo, no sólo injurias verbales, sino también injurias simbólicas e injurias reales (24). El C. p. español proporciona, por

(22) ROEDER, H., *Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt*, cit., págs. 348.

(23) QUINTANO ROPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, II, Ed. Rev. Dcho. Privado, Madrid, 1963, pág. 156.

(24) Según el art. 457 del C. p., «es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». Y el art. 462 del C. p. dice «se comete el delito de calumnia o de injuria no sólo manifiestamente, sino por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones».

tanto, una noción amplia de injuria cuyos orígenes se remontan al Derecho romano, en el que la injuria era un acto contrario a derecho. La acción procesal de injurias comprendía numerosos supuestos concretos, entre los que se hallan algunos que hoy se consideran delitos contra el honor (25). El antiguo derecho distinguía las injurias verbales y las reales, entendiendo por estas últimas «las que se cometen por medio de las manos, elevadas contra el cuerpo, violando una casa (domicilio), o afrentando la dignidad y honestidad del prójimo» (26). Sin embargo, la injuria en el Derecho romano, especialmente en los comienzos, no era propiamente un delito contra el honor, que entendido como *status dignitatis*, equivalía al pleno disfrute de los derechos civiles y, una vez alcanzado, estaba sustraído al ataque de los particulares (27).

Las injurias reales aparecen previstas, junto a las injurias verbales, en Las Partidas (Partida VII, Título IX, Ley I) y en el C. p. de 1882 (art. 703). La fórmula del citado artículo 457 del C. p. vigente, procede del C. p. de 1848 (art. 379).

Por otra parte, la admisión de las injurias reales en el C. p. español se halla en la línea de los Códigos suizo, austriaco y alemán. Se caracteriza al injuria en el C. p. suizo (artículo 177), frente a la calumnia y a la difamación, porque el ataque al honor puede realizarse no sólo mediante la palabra, la escritura, la imagen o el gesto, sino también mediante las vías de hecho. Asimismo, el C. p. austriaco prevé las injurias consistentes en malos tratos físicos e incluso la amenaza de malos tratos físicos si el hecho no está castigado con pena más grave (28), mientras que la difamación (parágrafo 111) y el reproche de una acción punible decidida ya judicialmente (parágrafo 113) se mantienen en el plano de la formulación de imputaciones. El C. p. alemán distingue también entre injurias, que pueden consistir en la formulación de juicios de hecho o de valor, o ser realizadas por medio de las vías de hecho, lo que fundamenta una agravación de la pena (parágrafo 185), y, de otra parte, difamación (parágrafo 186) y calumnia (parágrafo 187), que consisten básicamente en la imputación

(25) SERRA RUIZ, R., *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1969, págs. 12 y s.

(26) MEHESZ, K. Z., *La injuria en Derecho penal romano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 23 y ss. Sobre la injuria en los diversos momentos del Derecho romano, v. BARBERO SANTOS, M., *Honor e injuria en el Derecho romano*, en *Estudios de criminología y Derecho penal*, Universidad de Valladolid, 1972, págs. 305 y s. V. también, MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1976, págs. 484 y ss.; BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B. T., I, 2. Aufl., Leipzig, 1902, págs. 132 y s.; MESSINA, S., *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Libreria Ricerche Editrice, Roma, 1953, páginas 17 y ss.

(27) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Giuffrè, 5.^a ed., Milano, 1966, pág. 159; BINDING K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B. T., I, cit., págs. 132 y s.; LISZT, F. V., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23 Aufl., Walter de Gruyter, Berlín, 1921, pág. 348. Sobre el honor como objeto de la injuria en el Derecho romano, BARBERO SANTOS, M., *Honor e injuria en el Derecho romano*, cit., págs. 326 y s.

(28) Parágrafo 115, citdo supra, nota 16.

de hechos cuya verdad no puede ser probada (difamación), y de mala fe (calumnia), como antes se puso de relieve. La Ley francesa sobre libertad de prensa sigue un criterio diverso. Según el artículo 29 de dicha ley, la difamación consiste en la alegación o imputación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de la persona o de la Corporación a la que el hecho es imputado, y la injuria es toda expresión ultrajante, términos de desprecio o invectiva que no encierra la imputación de ningún hecho. No se prevén, por tanto, las injurias reales consistentes en ejecutar acciones directamente sobre el ofendido. El Derecho italiano se orienta en este mismo sentido, si bien se admiten, como indica Antolisei, las injurias «reales» cometidas con actos materiales ofensivos (por ejemplo, mediante gestos) (29). Sin embargo, sólo impropriadamente puede hablarse de injurias reales en tales supuestos. De acuerdo con el artículo 457 del C. p. español las injurias pueden consistir en la ejecución de una acción o en una expresión proferida. Se admite de ordinario que las injurias que consisten en la ejecución de una acción pueden ser reales, si recaen directamente en la persona ofendida (la bofetada es el ejemplo más característico), o simbólicas, si lo hacen indirectamente (30). Las injurias simbólicas son, según esto, injurias que consisten en la ejecución de una acción, pero ello debe entenderse limitado, en principio, a los gestos en sí mismos ofensivos, que no encierran la formulación de un juicio sobre el ofendido. Los juicios «simbólicos», o sea, los formulados mediante alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones no manifiestos, deben considerarse, por el contrario, expresiones proferidas. Una vinculación estricta a los términos de la ley llevaría a negar esto, pues proferir es etimológicamente «pronunciar», «articular», «echar afuera de la boca», del latín *proferre*, derivado de *ferre*, llevar (según Corominas), lo cual puede no darse en caricaturas, alegorías o alusiones (así como tampoco en injurias realizadas por escrito y con publicidad, estimadas, sin embargo, injurias verbales consistentes, por tanto, en una expresión proferida). Una comprensión de los términos legales no vinculada al significado etimológico y de acuerdo con las orientaciones de la semiótica (31) lleva a consecuencias diversas. De conformidad con ellas, en las «expresiones proferidas» a que hace referencia la ley encontrarían cabida no sólo las manifestaciones injuriosas que se pronuncien o articulen de viva voz y las realizadas por escrito y con publicidad, sino también las que se valen de un lenguaje diverso al hablado cual es, por ejemplo, el uso de emblemas o caricaturas, signos, o sea, sustitutos significantes de cualquier otra cosa (32). Por tanto, bajo la denominación «expresión proferida»

(29) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, cit., pág. 142.

(30) Sobre esto, DÍAZ PALOS, F., *El delito de injurias. Estudio técnico-jurídico*, separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XII, F. Seix, Barcelona, 1965, pág. 8.

(31) V., por ejemplo, Eco, U., *Tratado de semiótica general*, 2.ª ed., Lumen, Barcelona, 1981.

(32) Eco, U., *Tratado de semiótica general*, cit., págs. 31, 48 y ss. y 257 y ss.: ¿Qué ocurre cuando se produce un signo o una secuencia de signos? Ante todo, dice, se tiene que realizar una tarea en términos de *fatiga física*, ya que hay que

se hallan no sólo las injurias proferidas de viva voz y las hechas por escrito (y con publicidad) (arts. 459 y s., y 463 del C. p.) (injurias verbales), sino también los juicios simbólicos, esto es, formulados mediante alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones no manifiestos (injurias simbólicas).

Establecer estas distinciones posee interés en orden a delimitar la base sobre la que puede plantearse la cuestión de la prueba de la verdad. El interés práctico es, sin embargo, diverso según que el derecho positivo admita o no de ordinario la prueba de la verdad. Quedan fuera de esta problemática, en primer lugar, las injurias que consisten en la ejecución de una acción, sean éstas reales o simbólicas, en los términos antes señalados. Respecto a tales injurias no sabe hablar de verdad o falsedad. El problema de la prueba de la verdad se circunscribe, en consecuencia, a las injurias que consisten en una expresión proferida, esto es, a las injurias verbales y a las injurias simbólicas que comporten la formulación de un juicio. Con ello no tenemos delimitado todavía el ámbito de las injurias en que cabe suscitar la cuestión de la prueba de la verdad. Esta no se plantea, en efecto, en toda injuria que consiste en una expresión proferida, sino que se halla limitada, en segundo lugar, a las que consistan en un *juicio de hecho*. Expresión injuriosa puede ser lo tanto un juicio de valor como un juicio de hecho; pero de ordinario se entiende que de verdad y falsedad sólo puede hablarse en relación con los juicios de hecho (33). Y así se observa que allí donde es admitida la prueba de la verdad se hace siempre en relación con las ofensas que consisten en la formulación de un juicio de hecho. Así, en el derecho francés, en la difamación que es precisamente la imputación de un hecho que atenta contra el honor o la consideración de una persona. En el derecho español, en las hipótesis excepcionales en que se admite la prueba de la verdad, no hay duda de que se trata de injurias consistentes en la imputación de un hecho (de un delito no perseguible de oficio, de un hecho relativo al cargo cuando se dirige a un funcionario público). Más restrictivo es en este punto el C. p. italiano, que exige que la imputación consista en un *hecho determinado* (art. 596, párrafo tercero) (34).

'emitirlo'. En este caso se entiende 'emitir' (significante) no sólo en el sentido de la emisión de sonidos, dado que se refiere a cualquier clase de producción de signos físicos, «así, pues, hemos de decir que se 'emite' una imagen, un gesto, un objeto que, más allá de sus funciones físicas, esté destinado a *comunicar* algo».

(33) Los juicios de valor de naturaleza moral —juicios morales— no son contrastables, v. TOULMIN, S. E., *El puesto de la razón en la ética*, Alianza Universidad, Madrid, 1979, págs. 166 y ss., 227 y ss. MUGUERZA, J., *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid, 1977, págs. 24 y ss. Los juicios morales pueden ser conformes o no con una determinada moral. Al decir que no pueden ser verificados ni refutados se quiere significar, sin embargo, la imposibilidad de dar razón última sobre su verdad o falsedad. Lo mismo cabe decir de los juicios de valor con contenido jurídico, si bien éstos tienen la ventaja, señalada por LARENZ, de que las pautas de valoración últimas vienen dadas por la Constitución y los principios jurídicos aceptados por ésta, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1980, pág. 286.

(34) Sobre esto, críticamente, MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio*

Cuestión diversa y de difícil solución es decidir cuándo se está ante un juicio de hecho y cuándo ante un juicio de valor. La frontera entre los juicios de hecho y los juicios de valor es, se ha dicho, fluctuante (35). Por otra parte, se observan criterios diversos en los diferentes autores. En Italia se abre camino la tesis que entiende que las calificaciones denigratorias que suponen la atribución de un *habitus* o de una deficiencia (borracho, morfinómano, analfabeto) son indudablemente susceptible de prueba (36). Otra cuestión es que el derecho positivo cierre el paso a esta posibilidad. En la literatura alemana se observa una orientación semejante. Se entiende, por ejemplo, que decir de una persona que es un ladrón es tanto como decir que ha robado (37). A propósito del enjuiciamiento jurídico del hecho, distingue Larenz: de los juicios de valor los que se basan en percepciones, en la interpretación de la conducta humana y los proporcionados por la experiencia social (38). Las calificaciones denigratorias, antes citadas, pueden estimarse, en este sentido, apreciaciones realizadas conforme a la experiencia social y, por consiguiente, susceptibles de verificación. En sentido diverso se orienta el derecho francés. Con relación a la difamación, que es la alegación o imputación de un hecho, la Corte de casación ha sostenido que tal hecho, para constituir difamación, debe presentarse bajo a forma de una articulación precisa, capaz de ser objeto, sin dificultad, de una prueba y de un debate contradictorio. En defecto de tal articulación precisa se entiende que no podrá haber más que una injuria. De acuerdo con ello se entiende que las simples calificaciones, cualquiera que sea su gravedad, incluso si es una calificación extraída de un crimen o delito (asesino, ladrón, estafador, etcétera), si no van acompañadas de la articulación de un hecho no tienen el carácter de una difamación (39). Así, también en el Derecho español para estimar presente la calumnia, o falsa imputación de un delito perseguible de oficio, la jurisprudencia del T. S. señala que no bastan alusiones genéricas o vagas ni la atribución de hechos equívocos. El T. S. tiene declarado que se ha de tratar de la atribución de hechos o supuestos de los que se deriva la realización del delito público, y que esta forma de atribución debe ser analizada con sumo cuidado sobre

veritatis e libertà di manifestazione del pensiero, cit., págs. 25 y ss., especialmente, págs. 33 y ss., págs. 50 y s.

(35) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., página 1274; MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T. 1, cit., pág. 214.

(36) Sobre esto, GAITO, E., *La verità dell'addebito nei delitti contro l'onore*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 46.

(37) BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B. T., I, cit., págs. 148 y s.; LISZT, F. v., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., pág. 355; MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, pág. 222.

(38) LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., págs. 277 y ss. Los juicios proporcionados por la experiencia social pueden comportar una ponderación o valoración de hechos, pero si no se habla, con relación a tales juicios, de juicios de valor «es porque la orientación a hechos sociales, considerados relevantes, es suficiente en la mayoría de los casos», loc. cit., pág. 282.

(39) *Diffamation*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, cit., Chap. 2., sect. 1., art. 2.

todo en los denominados casos límites (S. 18 de febrero de 1981). En este sentido se entiende que imputaciones tales como llamar ladrón a otro podrían ser constitutivas, en su caso, de injurias, pero les falta la concreción fáctica que reclama el delito de calumnia. Rodríguez Devesa señala a este respecto que la acción en la injuria puede consistir tanto en la afirmación de hechos deshonrosos como en la formación de juicios de valor. Injuria, dice, tanto el que atribuye a otro embriagarse con frecuencia como el que dice de él que es un ladrón (40). La consecuencia es que las cualificaciones denigratorias se consideran juicios de valor o a lo sumo juicios de hechos no determinados y respecto a los cuales se entiende que no cabe hablar de verdad o falsedad. No pueden fundamentar en ningún caso, en consecuencia, la calumnia que reclama la falsedad de la imputación y, por tanto, la susceptibilidad del hecho para ser probado, y así, en cambio, la injuria que, por lo demás, no reclama en nuestro derecho la falsedad de la imputación. Partiendo de esta situación se ha de sostener que las cualificaciones deshonrosas, evoquen la realización de un delito (tú eres un «ladrón», «asesino», etc.) o no («morfinómano», «borracho», etc.), no son susceptibles de prueba. En el actual estado de nuestro derecho positivo, dada la inadmisión, por regla general, de la prueba de la verdad en la injuria, constatar esto no presenta el interés práctico que tiene en el derecho comparado. La literatura alemana se inclina por ver en tales supuestos juicios de hecho susceptibles de prueba y de que se pruebe la falsedad del hecho imputado va a depender la existencia de la injuria. En el derecho francés, en cambio, si el hecho no es articulado de forma precisa no es difamación, y, por tanto, no cabe probar la verdad de la imputación, sino que dará lugar, en su caso, a una injuria (41).

De todo ello se deriva que, como antes se dijo, los límites entre juicios de hecho y juicios de valor son imprecisos y que, si bien existe acuerdo en que sólo los juicios de hecho pueden ser probados, no existe acuerdo, en absoluto, sobre qué debe entenderse por tal: si deben limitarse a las imputaciones de hechos determinados o hacerse extensivos a las cualificaciones, entendidas como juicios proporcionados por la experiencia social (42).

Delimitado el ámbito de las injurias al que se circunscribe el problema de la prueba de la verdad, esto es, las injurias que consisten en

(40) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 229.

(41) La prueba de la verdad, de la exactitud o de la notoriedad de los hechos contenidos en las expresiones o imputaciones injuriosas no es jamás autorizado, v. *Injure*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, cit., art. 3, parágrafo 2, B, 98. En un supuesto se admite, sin embargo, la prueba de la verdad de las imputaciones injuriosas: en las dirigidas contra directores o administradores de una empresa industrial, comercial o financiera, en los términos del art. 35, párrafo segundo de la Ley de Prensa. V. *Diffamation*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, cit., Chap. 6, sect. 1, art. 3, parágrafo 1, 562.

(42) V. TORIO LÓPEZ, A., *Introducción al testimonio falso*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, págs. 51 y s., sobre los juicios de hecho y los juicios de valor como materia de la prueba testifical.

la formulación de imputaciones o juicios de hecho mediante un lenguaje verbal (oral o escrito) o simbólico, una profundización mayor en estos temas no posee hoy gran interés con relación al Derecho español (por la inadmisión por regla general de la prueba de la verdad en las injurias), a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado.

3. El criterio general de inadmisión de la prueba de la verdad en las injurias ha permitido sostener que se protege el honor formal o aparente. Puesto que, a efectos de la existencia del delito, carece de relevancia la verdad o falsedad de las imputaciones, se entiende que no se protege el honor *real* de la persona (43). Esta afirmación presupone, sin embargo, una concepción del honor que abarque el honor objetivo externo, o sea, la buena reputación y el valor interno. A partir de aquí, la no admisión de la prueba de la verdad permite afirmar que se protege incluso «la apariencia de una buena reputación». Sin embargo, el concepto de honor es polémico. La doctrina está lejos de haber llegado a un acuerdo sobre el mismo. Ante las dificultades que presenta su concreción se ha dicho que es uno de los bienes jurídicos más sutiles y, por tanto, de más difícil protección (44). También se ha podido afirmar que preocupación del jurista no debe ser tanto el logro de un concepto de honor mejor elaborado cuanto determinar los límites de su protección jurídica (45). Sin embargo, aun partiendo de la circunstancialidad del concepto de honor y, en conexión con ello, de las acciones aptas para ponerlo en peligro, la delimitación de su protección jurídica presupone necesariamente una determinada concepción del honor. Durante un amplio período de tiempo ha predominado el criterio de ver en el honor un bien jurídico que comprende tanto la reputación o consideración social de la persona (el conjunto de representaciones que de ella tienen los demás) como el sentimiento y la conciencia del propio honor (las representaciones que el sujeto tiene de sí mismo y la voluntad de afirmar el propio valor) (46). En este sentido se habla de un concepto fáctico (47). Los

(43) V. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, II, cit., págs. 150 y 155.

(44) MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, cit., pág. 199; HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., pág. 1; ROEDER, H., *Wahrheitsbeweis und Indiscretionsdelikt*, cit., pág. 347; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 87. Sin embargo, la conveniencia de su protección por el Derecho penal no se pone hoy en duda, recordándose a menudo que, históricamente, llegó a ser estimado como un valor superior a la vida.

(45) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidación, Comentarios a la legislación penal*, I, *Derecho Penal y Constitucional*, EDERSA, 1982, págs. 124.

(46) Esto es, el honor objetivo externo, y la conciencia y el sentimiento del honor, de la conocida clasificación propuesta por FRANK, quien distinguía entre honor *objetivo*, comprensivo del honor interno o valor que una persona tiene y del honor externo o consideración que los otros tienen del valor de una persona o buena reputación, y honor *subjetivo*, comprensivo de las representaciones de una persona sobre su propio valor o sobre su reputación —conciencia del honor— y de la voluntad de mantener el propio valor y la reputación —sentimiento del honor. V. FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 17 Aufl., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1926, pág. 400.

partidarios del concepto fáctico de honor ven en él, ante todo, un hecho con contenido psicológico que comprende la consideración social, la buena reputación u honor externo, y el sentimiento y la conciencia del honor, o sea, el llamado honor subjetivo (48). El concepto puramente fáctico de honor ha sido objeto de importantes críticas. Se considera que la reputación fundada en hechos puede ser inmerecidamente buena o mala y que el sentimiento subjetivo del honor puede ser escaso o muy exagerado (49). Frente al concepto fáctico de honor se formula, en primer lugar, un concepto normativo-fáctico que ve en el honor un complejo bien jurídico integrado tanto por el valor intrínseco del hombre como por su buena reputación u honor externo y, en segundo lugar, un concepto normativo de honor fundado en la dignidad de la persona en quien se consideran comprendidos valores *éticos y sociales* de actuación. A estos valores corresponde o sigue la pretensión de no ser inmerecidamente ofendido o menosprecio. La «buena» reputación sin más no halla cabida en el concepto sólo normativo de honor. Se entiende que la buena reputación sólo debe ser protegida cuando es ganada y que, en tal supuesto, no existe en verdad diferencia entre el concepto de honor normativo y el normativo-fáctico (50). El concepto personal de honor, sostenido por Hirsch, es también un concepto normativo. Frente al honor social o buena reputación, el concepto personal de honor ve en éste un aspecto de la dignidad de la persona y, en consecuencia, un valor que pertenece a todo hombre por el hecho de ser tal. Al propio tiempo, la conducta individual es valorada desde el punto de vista social-ético. El honor, así entendido, puede disminuir por la falta de integridad moral o por graves defectos de la personalidad pero no puede aumentar ni tampoco desaparecer del todo (51). Es preciso destacar que la referencia a la dignidad de la persona por los partidarios del concepto normativo de honor no supone en modo alguno una recaída en las viejas concepciones que identificaban el honor con la dignidad y etendían ésta como el valor

(47) Sobre la distinción entre un concepto fáctico, normativo-fáctico y normativo de honor, v. LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 1266; HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., págs. 1 y ss.; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Walter de Gruyter, Berlín, 1977, págs. 112 y s.

(48) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, I, cit., páginas 136 y s.; MESSINA, S., *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, cit., págs. 78 y ss.; MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, cit., págs. 199 y ss.

(49) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., páginas 1266 y s.

(50) LENCKNER, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., páginas 1266 y s. y 1270 y s. V. también, con diferencias, ENGISCH, K., *Bemerkungen über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff*, *Festschrift für R. LANGE*, Walter de Gruyter, Berlín, 1976, págs. 412 y ss.; OTTO, H., *Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre*, *Festschrift für E. SCHWINGE*, P. Hanstein, Köln, 1973, págs. 76 y ss., y 81 y s.

(51) HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., págs. 29 y ss., 50, 72 y ss., sintéticamente, pág. 90.

moral de una persona (52). La protección del valor ético de la persona no es sostenida hoy ni siquiera por los partidarios de un concepto normativo de honor. Tal concepto normativo puro hoy se halla prácticamente abandonado. Los partidarios actuales del concepto normativo de honor ven en él el valor ético y social fundado en la dignidad de la persona a la cual sigue, como consecuencia, una pretensión de respeto, pero no lo confunden con ella. La dignidad de la persona (Personwürde) se distingue, por otra parte, del postulado de la dignidad del hombre (Menschenwürde) que se halla en la base de los derechos humanos (53). El postulado de la dignidad del hombre constituye una aspiración, lo todavía-no-realizado (54) y a ello no puede extenderse la protección del Derecho penal (55). La dignidad de la persona entendida, en sentido diverso, como lo específicamente humano, situada en la base de los derechos de la personalidad, puede, en cambio, ser ofendida directa o, como sucede en los delitos contra el honor, indirectamente: mediante ofensas o apectos de la misma. En la literatura española, Rodríguez Devesa entiende el honor como un derecho derivado de la dignidad humana con independencia de la capacidad física o psíquica, de la fortuna, raza, religión, posición social o de los méritos o deméritos contraídos con los propios actos (56). Únicamente el reconocimiento de que la palabra honor se emplea como equivalente a dignidad humana permite encontrar solución satisfactoria, dice el citado autor, a que el Derecho penal dispense protección, en este título del Código, como lo hace, a «indignos, enfermos mentales o niños, cuyo

(52) KOHLER, J., *Ehre und Beleidigung*, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 47 Jahrgang, 1900, pág. 29; LISZT, F. v., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., pág. 350, nota 3.

(53) HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., pág. 53. Sobre la distinción entre derechos del hombre y derechos de la personalidad, v. también, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre (su fundamentación filosófica y sus declaraciones políticas)*, Reus, Madrid, 1968, págs. 21 y s., aunque no puede compartirse su conceptualización como derechos naturales. Sobre el honor como un derecho de la personalidad, DE CUPIS, A., *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, T. I, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1959, págs. 229 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 17 y ss. El honor es reconocido como uno de los derechos fundamentales del hombre en las Declaraciones internacionales de derechos (así, Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 1948, art. 5; Declaración Universal de Derecho Humanos, 1948, art. 12; Convención Americana sobre Protección de los Derechos del Hombre, 1969, art. 11) y constitucionalmente (Constitución española, art. 18; Ley Fundamental de Bonn, art. 5,2: como límite al derecho a la libre emisión del pensamiento).

(54) BLOCH, E., *Dignidad humana y Derecho Natural*, Aguilar, Madrid, 1980, págs. 211 y s.; GONZÁLEZ VICEN, F., *Ernst Bloch y el Derecho natural*, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 358 y ss.

(55) A esto se refiere ROXIN cuando señala que la dignidad del hombre (Menschenwürde) no constituye un bien jurídico susceptible de ser lesionado por acciones externas, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlín, 1975, pág. 413.

(56) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 223.

valor social o ético, en ocasiones, es muy dudoso e incluso puede ser negativo». Interesa destacar la referencia que Rodríguez Devesa hace a la dignidad, si bien en estos sujetos lo que puede faltar es el sentimiento del propio honor. Por otra parte, según este autor, el valor ético y social de una persona, producto de sus acciones y del cumplimiento de sus deberes ético y sociales, acrecienta el derecho al respeto de los demás y ello se refleja en la gravedad de las conductas delictivas y en especiales figuras de delito (57). El concepto de honor sostenido por Rodríguez Devesa puede ser caracterizado como un concepto normativo-fáctico particular, según el cual se protege tanto la dignidad, entendida como valor inherente a la persona (valor interno) —pese a la referencia que el citado autor hace a la común opinión según la cual el honor interno no puede ser menoscabado más que por acciones del mismo interesado—, cuanto la consideración social u honor externo. Por lo demás, la referencia a la dignidad humana se halla extendida en la literatura española donde adquiere una acogida creciente (58).

Los ataques al honor, sin embargo, no son directamente ataques a la dignidad de la persona, como antes se puso de relieve, sino a su valor ético y social de actuación del cual surge una pretensión de respeto. Dentro del mismo halla cabida la consideración social efectivamente ganada: admitido esto no existe en verdad diferencia entre un concepto de honor normativo y normativo-fáctico, como antes se dijo. Ahora bien, el reconocimiento de este concepto de honor parece que presupone la admisión de la prueba de la verdad de las imputaciones aptas para ponerle en peligro: solamente así parece que puede sostenerse, con rigor, que es protegida la reputación o consideración social merecida, y no la simple apariencia de honor. En efecto, de la concepción del honor expuesta deriva, en primer lugar, que en tanto aspecto de la dignidad se le reconozca a todo hombre por el hecho de serlo y, en conexión con ello, que si bien en ocasiones puede disminuir (por graves defectos de la personalidad, etc.) no puede nunca desaparecer del todo ni, de otro lado, aumentar: se cierra así el paso al concepto social de honor en virtud del cual se entiende que, según la situación social, hay personas que poseen más honor que otras (como también se ha podido hablar de una mayor o menor dignidad) (59). Se

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 225 y s.

(58) Según MUÑOZ CONDE, hoy se tiende a equiparar el honor a la dignidad humana. Al propio tiempo, señala, el honor se democratiza, se le concede a toda persona por el hecho de serlo; v. *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 88; QUINTANO RIPOLLÉS ponía ya de relieve la democratización o socialización del honor «antaoño privilegio de castas, o por lo menos de sujetos realmente morales», v. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. I, Vol. II, cit., pág. 1150. V. también BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidad*, cit., página 125; SÁINZ CANTERO, en términos no coincidentes plenamente con los aquí expuestos, entiende que el C. p. español protege el honor objetivo y el subjetivo considerando el honor subjetivo como equivalente a la dignidad; v. *El contenido sustancial del delito de injurias*, cit., págs. 91 y s.

(59) ENGELHARD, H., *Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, J. Bensheimer, Mannheim, 1921, págs. 67 y ss.

concreta en este punto, por tanto, el principio de igualdad de las personas ante la ley (60). Pero, de otra parte, y en segundo lugar, el honor se entiende como un valor social mediante cuya protección se hace posible la vida de relación. Es en este sentido en el que se afirma que se protege la consideración social merecida (y no la reputación o consideración social que no responde al propio comportamiento en la vida). El Código penal español responde, en parte, a la primera de las exigencias o aspectos del concepto de honor que se acaban de exponer, al dispensar protección, como ha destacado la doctrina, a persona de vida deshonrada, etc. (61), en las que puede faltar la reputación o, en su caso, el sentimiento del propio honor. Sin embargo, al reputar injuria «grave» las que racionalmente merezcan esta calificación, atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor (art. 458, 4.º), parece que se otorga protección al honor «social» (no personal) y que se admite que existen personas en quienes concurre más honor que en otras (62). En segundo lugar, parece que tampoco responde el Código penal español al segundo de los aspectos del concepto de honor, antes señalado, pues no puede en rigor sostenerse que se protege la consideración social merecida o ganada cuando la buena reputación, el prestigio o la consideración social es protegida (a salvo de lo que luego se dirá con relación al *animus iniuriandi*) incluso frente a imputaciones verdaderas de interés público (que no hacen referencia a la vida privada), dada la regla general de no admisión de la prueba de la verdad en las injurias.

El Proyecto de Código penal modifica sólo en parte esta situación. Admite excepcionalmente la prueba de la verdad en las injurias, como antes se dijo. De otro lado, mantiene la clasificación de las injurias por su gravedad, estimando injuria grave las que «por su naturaleza, ocasión o circunstancia del hecho o de las personas fueren tenidas en el concepto público por afrentosas» (art. 224, 3.º del Proyecto de C. p.). Por tanto, se viene en definitiva a mantener, junto al carácter eminentemente circunstancial de las injurias, que éstas pueden ser estimadas graves atendiendo a las circunstancias *de las personas* (y del hecho). Por otra parte, se abandona la referencia al «estado de dignidad» como fundamentador de la gravedad de la injuria y, en consecuencia, parece que cede en el Proyecto el concepto social de honor.

La protección jurídico-penal del honor frente a acciones aptas para ponerlo en peligro (63), como la protección de otros bienes jurídicos,

(60) A la incidencia del principio de igualdad ante la ley en esta materia se refiere BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidad*, cit., páginas 124 y s.

(61) SÁINZ CANTERO, J. A., *El contenido sustancial del delito de injurias*, cit., págs. 116 y s., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 225.

(62) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español, Parte especial*, cit., págs. 225 y s.

(63) La injuria es un delito de peligro hipotético. Sobre los delitos de peligro hipotético, TORIO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*, en A. D. P. C. P., 1981,

responde a los momentos histórico-culturales en que se formulan las normas jurídicas de conformidad con las valoraciones dominantes. El bien jurídico se presenta, entonces, como un valor histórico y, por tanto, cambiante. Ello determina que cuando las valoraciones de una sociedad cambian el Derecho penal deba ser paralelamente reformado (64).

Se plantea a partir de esto la cuestión de si la protección actual del honor en el Código penal español debe ser reconsiderada a la vista de las valoraciones hoy dominantes. A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que la protección del llamado honor «social», en los términos en que éste es protegido por el artículo 458, 4.º del Código penal no puede hoy sostenerse, por lo que parecen acertadas las modificaciones que en este punto introduce el Proyecto de Código penal, y, en segundo lugar, cabe plantear si el sistema del Código penal, y del Proyecto de Código penal, caracterizado por no admitir por regla general la prueba de la verdad de las imputaciones injuriosas, con la consiguiente protección de la «buena reputación», incluso no merecida (y sin perjuicio de que, como sucede en el Derecho comparado, según antes se puso de manifiesto, de admitirse de ordinario la prueba de la verdad, esto se halla sometido a límites, en particular el límite de la vida privada), es político-criminalmente sostenible. En lo que sigue se tratará de poner de relieve si, en el actual estado de nuestro derecho positivo, la exigencia del *animus iniuriandi*, que reclama en la injuria la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, cumple la función restrictiva que en el Derecho comparado (austríaco, suizo, francés, alemán) desempeña la prueba de la verdad y, en consecuencia, si dada la peculiar regulación de las injurias no es preciso suscitar entre nosotros la cuestión de la admisión general de la prueba de la verdad de *lege ferenda*.

4. En efecto, según el criterio dominante en el Derecho comparado, la verdad de la imputación que no hace referencia a la vida privada o que se formule sin atender al interés público o sin otro motivo suficiente o, en general, que no esté comprendida en alguno de los supuestos excepcionales en que no se admite la prueba de la verdad, determina que el delito de injurias no pueda estimarse presente. Con relación al Derecho español, Groizard entendía que la regulación del

Homenaje a ANTON ONECA, págs. 828 y 838 y ss. No es preciso que el honor sea efectivamente menoscabado. Esto es evidente para quienes sostengan que el honor es el valor interno de la persona, pues el honor así entendido no puede ser menoscabado por ataques de terceros. Pero también es así para quienes sostengan un concepto de honor normativo, normativo-fáctico, o puramente fáctico. El legislador prohíbe acciones aptas para producir un peligro para el bien jurídico. No es preciso que se cree un peligro *real*: basta con que la expresión proferida (en su caso, la acción ejecutada) tenga propiedades que impliquen la posibilidad del peligro para el bien jurídico. Para determinar el grado de probabilidad de que el honor sea puesto en peligro habrá que estar a las valoraciones sociales imperantes en un concreto tiempo y lugar.

(64) MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. I, trad. por J. CÓRDOBA RODA, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 251.

Código cumple con las exigencias de la doctrina dominante respecto a los supuestos en que la verdad de la imputación debe servir de excusa, a saber, cuando el hecho se impute delante de autoridad y no sólo se divulgue entre particulares, y cuando se haya obrado por celo del bien público y no por odio o venganza. En su opinión, tales exigencias se cumplen con el requisito del *animus iniuriandi* (65). Este específico elemento subjetivo del injusto desempeñaría, según esto, la función restrictiva que en el Derecho comparado cumple la prueba de la verdad, en el sentido de que si el sujeto actúa, por ejemplo, con *animus informandi* y en defensa de un interés público, y no se acredita el *animus iniuriandi*, no surge la figura de este delito, y ello se resuelve sin entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado. Mientras en el Derecho alemán, por ejemplo, ni la injuria ni la difamación reclaman un específico elemento subjetivo del injusto (66), por lo que parece consecuente que en la injuria se exija la falsedad de la imputación; en el Derecho español, en cambio, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria (67) entienden que la injuria exige el ánimo de injuriar, por lo que parece consecuente también que, admitido éste, no se estime ya necesario reconocer en todo caso la prueba de la verdad de las imputaciones. Sin embargo, no puede sostenerse que la exigencia de un específico elemento subjetivo del injusto, el ánimo de injuriar, cubra el campo propio de la *exceptio veritatis*. Como la doctrina y la jurisprudencia han declarado reiteradamente, la injuria sólo puede quedar excluida si el ánimo de injuriar puede estimarse *anulado o desplazado* por el ánimo de criticar, bromear, corregir, etc. (68). Esto sucede tanto

(65) GROIZARD, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, T. V., Salamanca, 1873, págs. 367 y s.: «El que injuria ante la autoridad, ó el que injuria en ocasión ó con circunstancias que se presenten á hacer creer que lo hizo movido por la defensa de un interés público, tiene a su favor la presunción de que no pronunció las palabras ofensivas con el propósito de perjudicar en su fama a un ciudadano, y sobre esto nuestra ley no niega al acusado los medios de una amplia defensa, desde el momento que no puede recaer contra él sentencia si no resulta en el proceso justificado el *animus injuriandi*», loc. cit., pág. 368.

(66) LACKNER, K., *Strafgesetzbuch*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 1975, páginas 631 y 635; LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., págs. 1272 y 1278.

(67) RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Notas al Tratado de E. MEZGER*, T. I., cit., pág. 350; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. III, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1965, págs. 850 y s.; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte especial*, T. IV, Vol. 2.º, 5.ª ed., Descó, Barcelona, 1960, págs. 111 y ss.; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, T. II, *Parte Especial*, Vol. 2.º, cit., págs. 697 y s.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., págs. 90 y s. En contra se pronuncia RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 231 y s. La exigencia del *animus iniuriandi* es doctrina constante en la jurisprudencia, así, SS. 8 de junio de 1979, 16 de noviembre de 1979, 15 de octubre de 1980, 18 de febrero de 1981, 23 de junio de 1981, 2 de octubre de 1981. Sobre el carácter polémico de la exigencia de un específico elemento subjetivo del injusto en la calumnia, a diferencia de lo que sucede en la injuria, v. S. 25 de noviembre de 1981.

(68) SS. de 16 de noviembre de 1979, 18 de febrero de 1981, 30 de mayo de 1981, 23 de junio de 1981. La exclusión del delito por la presencia de un *animus* diverso al *iniuriandi* supone la anulación de éste. Así, por ejemplo, la

en la situación básica, en la que la injuria no surge del uso de un lenguaje *en sí mismo* ofensivo, cuanto en los supuestos en que las palabras o expresiones proferidas son en sí mismas, objetivamente, injuriosas (69), en cuyo caso la jurisprudencia entiende que el ánimo de injuriar se presume y que corresponde al presunto injuriador demostrar que otro ánimo se superpone y anula al de injuriar (S. 17 de septiembre de 1981). En consecuencia, en el caso hipotético de que concurra el *animus iniuriandi* y, por ejemplo, el *animus criticandi*, y se impute un hecho de interés público y no relativo a la vida privada, deberá afirmarse la presencia del delito, sin admitir en favor del acusado de injurias la prueba de la verdad de las imputaciones por él formuladas, siempre que el Tribunal estime que el ánimo de injuriar no ha sido anulado por el ánimo de criticar. Así, en la interesante Sentencia de 8 de julio de 1981, el T. S. entiende que, dadas las circunstancias en que la injuria se ha proferido (imputación de hechos que atenta contra el honor, en un debate político), no puede considerarse desplazado el ánimo de injuriar por el *animus criticandi* ni por el *animus defendendi* invocados por el recurrente (v. también la S. 16 de octubre de 1981). En esta situación poseería sentido plantear la prueba de la verdad del hecho imputado. De donde cabe sostener que la exigencia del *animus iniuriandi* no cubre todos los supuestos en que incidiría la prueba de la verdad.

5. En el Derecho italiano no se exige el *animus iniuriandi* (70). Ello va unido, como se sabe, a la admisión excepcional de la prueba de la verdad. No es de extrañar que, ante esta situación, se haya desarrollado en Italia un movimiento dirigido a cuestionar la constitucionalidad de la admisión restrictiva de la prueba de la verdad, en los términos del artículo 596 del Código penal, ya citado, a la luz del derecho a la libre emisión del pensamiento (art. 21 de la Constitución

S. 23 de junio de 1981 afirma que el *animus defendendi* elimina el *animus iniuriandi*. V. también CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, T. II. *Parte especial*, Vol. 2.º, cit., págs. 698 y s.

(69) La presunción del ánimo de injuriar con base en el empleo de un lenguaje en sí mismo incorrecto (SS. 8 de junio de 1979, 15 de octubre de 1980, 17 de septiembre de 1981) permitiría hablar, con relación a estos supuestos, de la existencia de injurias formales. Esta denominación se reserva en el Derecho alemán para las injurias del parágrafo 192, esto es, aquéllas que derivan de la forma o circunstancias en que se han producido y que están presentes a pesar de la prueba de la verdad. El parágrafo 193 contiene una disposición semejante, en virtud de la cual el delito estará presente si deriva de la forma o circunstancias en que ha tenido lugar, y ello con independencia de que el autor obre en salvaguardia de intereses legítimos o concurra cualquiera de los supuestos que el parágrafo 193 describe, como especiales causas de justificación. Sobre el contenido del parágrafo 193 se tratará después. Un paralelismo puede ser hallado también con lo dispuesto en el último párrafo del art. 596 del C. p. italiano: si la verdad del hecho es probada (en los supuestos excepcionales en que se admite la prueba de la verdad) el autor no es castigado, salvo que los modos usados hagan por sí mismo apreciable la injuria o la difamación.

(70) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, cit., páginas 144 y 148.

italiana) (71). Se ha sostenido que la *exceptio veritatis* es una exigencia lógica, una intrínseca necesidad, del derecho a la libre emisión del pensamiento y, en particular, del derecho a la información. Como destaca Mantovani, ello ha terminado por imponerse en la jurisprudencia, la cual sitúa los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento en la verdad y en el interés público-social de los hechos referidos, y limita la relevancia penal de los hechos verdaderos y socialmente relevantes a los casos de uso de un lenguaje en sí mismo ofensivo (72). Se parte, por tanto, de la afirmación del derecho a la libre emisión del pensamiento y se entiende que el honor individual y el prestigio de ciertas personas es suficientemente tutelado con el establecimiento de ciertos límites internos de contenido (relevancia pública y social, y verdad histórica) y forma (lenguaje no ofensivo de por sí), al citado derecho. El honor se lesiona, y no cabe invocar el ejercicio del derecho a la libre emisión del pensamiento, cuando se emplea un lenguaje incorrecto o se imputan hechos falsos o del todo irrelevantes socialmente (73). La Corte Constitucional ha reconocido que el artículo 21 de la Constitución amplía las hipótesis del artículo 596 del Código penal y entiende que el referido precepto no es inconstitucional, sino que, en sentido diverso, no es aplicable cuando el culpable esté en condiciones de invocar la causa de justificación de ejercicio de un derecho, del artículo 51 del Código penal (como en el caso del periodista que, dentro de los límites que circunscriben el ejercicio de la actividad informativa, divulga por medio de la prensa, noticias, hechos o circunstancias aptas para poner en peligro el honor de otro) (74). Es de destacar que, según lo expuesto, el ejercicio del derecho a la libre emisión del pensamiento, en tanto se halla limitado por la verdad histórica, presupone la investigación de la verdad o falsedad de las imputaciones.

En el Derecho español, la comprensión de esta materia, en particular del problema de la admisión de la prueba de la verdad, ha de ser puesta también a la luz del Derecho constitucional a la libre emisión del pensamiento (art. 20. 1 a) y d) de la Constitución). Esto ha sido destacado ya con relación a los delitos de desacato señalándose que la negación de la *exceptio veritatis*, según están tipificados e interpretados estos delitos por el T. S., supone un fuerte recorte a la libertad de expresión y a la libertad de crítica política y administrativa (75).

(71) MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., págs. 74 y s. y 105 y ss.

(72) MANTOVANI, F., *Fatto determinato...*, cit., págs. 114 y s.

(73) MANTOVANI, F., *Fatto determinato...*, cit., pág. 229.

(74) MANTOVANI, F., *Fatto determinato...*, cit., pág. 116.

(75) Así, MORILLAS CUEVA, L., *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato*, cit., pág. 689. La negación de la *exceptio veritatis* en los desacatos es, sin embargo, polémica. En favor de su admisión, en todo caso en la modalidad calumniosa y en las relativas al cargo en las injurias, v. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, T. III, Ariel, Barcelona, 1978, pág. 548. En contra, RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 849 y s.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 600.

En las injurias, dada la exigencia de un específico elemento subjetivo del injusto, la incidencia del Derecho constitucional a la libre emisión del pensamiento en esta materia se ha orientado por una vía diversa a la del ejercicio de un derecho (o, en su caso, de un oficio o cargo, o el cumplimiento de un deber, artículo 8, 11 del C. p.), como causas de justificación (76). En efecto, el T. S., haciéndose eco de forma creciente de las exigencias derivadas del citado Derecho constitucional, ha subrayado (así, SS. 8 de julio de 1981, 16 de octubre de 1981 y 19 de enero de 1982) que el derecho a expresar los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de comunicación y, en consecuencia, el de emitir juicios respecto al comportamiento de personas en el ejercicio de cargos a los que se haya confiado el cuidado de intereses públicos o de indudable trascendencia social o comunitaria, se halla amparado por el artículo 20 de la Constitución. Ahora bien, tal derecho tiene su límite en el respeto al honor, como señala la propia Ley Fundamental (art. 20, 4 y art. 18, 1 de la Constitución). El trazar dicho límite, o sea, el determinar hasta dónde llega el derecho a emitir el pensamiento sin que medie ofensa al honor relevante para el Derecho penal, es una cuestión de difícil solución (77). El T. S. español entiende que no pueden establecerse «reglas apriorísticas o abstractas» que indiquen hasta dónde llega el lícito ejercicio del derecho a la crítica o censura, «sino que se ha de atender a la constelación de circunstancias fácticas concurrentes en cada caso concreto», en particular entiende el T. S. que ha de atenderse a si las palabras o frases empleadas son objetivamente injuriosas y, esto es lo que interesa destacar, a *si ha concurrido o no el ánimo de injuriar*. La afirmación del ánimo de injuriar en la situación concreta, como sucede en el caso de la S. 8 de julio de 1981, y la estimación del Tribunal de

si bien para este autor «se trataría de ejercicio legítimo de un derecho (de denuncia, por ejemplo)», *Sobre aplicación de la «exceptio veritatis»...*, cit., pág. 260.

(76) En la literatura española se admite de ordinario que la injuria puede estar justificada si el autor obra en ejercicio de un derecho. Pero no se plantea la aplicación del núm. 11 del art. 8 del C. p. con relación al derecho a la libre emisión del pensamiento sino en supuestos como recursos «imposibles de sostener sin enjuiciamiento desfavorable de la aplicación de las leyes hechas por los órganos inferiores», quejas contra la actuación de los colegiados ante sus respectivos colegios, etc., v. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.º, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 233; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 91. Por otra parte, condicionar su apreciación a que no esté presente el ánimo de injuriar, como pretende CUELLO CALÓN, parece inconsecuente, pues el ejercicio de un derecho como causa de justificación sólo puede plantearse si se ha afirmado el *animus iniuriandi*; v. CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, T. II. Parte especial, Vol. 2.º, cit., pág. 698.

(77) El problema de los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento ha sido objeto de numerosos estudios. Con carácter general, v. NUVOLONE, P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento, in Legge penale e libertà del pensiero*, III.º Convegno di Diritto penale, Bressanone, 1965, CEDAM, Padova, 1966, págs. 351 y ss. También v. MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., págs. 90 y ss.; SORIA, C., *Derecho a la información y derecho a la honra*, A. T. E., Barcelona, 1981, págs. 33 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato*, cit., págs. 674 y s.

que éste no es desplazado por el ánimo de criticar (en su caso, de narrar, informar, etc.) determina la existencia del delito, con independencia de la verdad histórica del hecho imputado, de su interés público, y de que no se haya empleado un lenguaje en sí mismo incorrecto. El derecho a la libre emisión del pensamiento, ideas y opiniones es así ampliamente recortado, aun cuando reiteradamente se afirma su primacía y que debe prevalecer aunque padezca («nada más que en la medida de lo necesario», dice la S. 16 de octubre de 1981) el honor y fama de los enjuiciados. Por tanto, a pesar del interés público del hecho afirmado, y del empleo de un lenguaje correcto, puede apreciarse el delito de injurias, sin entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado, si se entiende que el límite de injuriar no es desplazado o anulado por el de informar, narrar, criticar, etc.

Por el contrario, en el Derecho italiano, como antes se vio, se invoca en estos supuestos la causa de justificación de ejercicio de un derecho y, en consecuencia, sólo cuando se sobrepasan los límites *internos*, entre los que se halla la verdad histórica y el interés público, al derecho a la libre emisión del pensamiento, puede hablarse en rigor de ofensa al honor. Dicho en otros términos, la afirmación de hechos verdaderos de interés público, con un lenguaje correcto, no se estima extralimitación del derecho a la libre emisión del pensamiento. En sentido diverso, la verdad histórica y, por tanto, la posibilidad de entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado, es una exigencia intrínseca al derecho a la libre emisión del pensamiento.

En el Derecho alemán la relación entre el derecho al honor y el derecho a la libre emisión del pensamiento se plantea también en términos diversos al derecho español. El punto de partida es, sin embargo, análogo. La Ley Fundamental de Bonn contiene una declaración semejante a la del artículo 20, 4 de nuestra Constitución. Según el artículo 5 de la Ley Fundamental el derecho al honor es un límite al derecho a la libre emisión del pensamiento. Pero la protección del honor en el Código penal alemán (y el concepto de honor subyacente a esta regulación) no es paralela a la del Código penal español. En primer lugar, porque la prueba de la verdad es de ordinario admitida, como antes se vio —en la injuria la falsedad de la imputación es elemento del tipo, según un sector de la doctrina, y sólo está presente a pesar de la prueba de la verdad cuando surge de la forma o circunstancias en que se ha producido; en la difamación, la verdad de la imputación no puede ser probada—. En segundo lugar, el Derecho alemán amplía los márgenes de protección del derecho a la libre emisión del pensamiento al establecer una causa de justificación especial en virtud de la cual, después de que se ha comprobado la falsedad de la imputación en la injuria, o si la verdad del hecho no puede ser probada y cabe apreciar la difamación, todavía puede excluirse la antijuricidad del comportamiento si el sujeto actúa en defensa de intereses legítimos (salvo que la existencia del delito surja de la forma o circunstancias en que se ha producido), en virtud de lo dispuesto en el

parágrafo 193 (78). En los supuestos del parágrafo 193 el ordenamiento jurídico aprueba acciones objetivamente incorrectas en atención al fin perseguido por el autor. De aquí que la aplicación del parágrafo 193 se haga depender de que el sujeto haya procedido a la comprobación cuidadosa de los presupuestos objetivos de la causa de justificación (79). La salvaguarda de intereses legítimos se presenta, pues, como una causa de justificación de los ataques al honor fundada en la *finalidad* del autor: el conflicto entre el honor y el interés legítimo que se pretende defender se resuelve en favor del último, siempre que se cumplan las exigencias del parágrafo 193. Y así, el Tribunal Supremo Federal ha declarado, como señala Larenz, que la prensa salvaguarda los intereses legítimos, en el sentido del parágrafo 193 del Código penal, cuando «informa o toma posición sobre asuntos sobre los que existe un serio interés de información de la opinión pública», siempre que concurren una serie de circunstancias, y así la prensa ha de preocuparse «de examinar cuidadosamente la autenticidad de las fuentes de información, de abstenerse de intromisiones injustificadas en la esfera privada, de evitar exageraciones y, además, de ponderar si existe una relación defendible entre el fin que con la publicación se pretende, y el menoscabo de su honor que sobreviene al afectado» (80). En el Derecho alemán, por tanto, el derecho a la libre emisión del pensamiento tiene un límite en la verdad histórica (también en la forma o circunstancias en que las alegaciones se producen), pero incluso este límite puede ser sobrepasado y no haber ni injuria ni difamación a pesar de la falsedad del hecho imputado o de que la verdad no haya podido ser probada, respectivamente, si el sujeto actúa en interés público y procedió a una «comprobación cuidadosa» de los hechos afirmados, salvo que la injuria o, en su caso, la difamación, surjan de la forma o circunstancias en que han tenido lugar.

6. El presente trabajo ha pretendido mostrar los criterios para una caracterización jurídico-penal del honor. De acuerdo con una concepción normativo-fáctica el honor es un complejo bien jurídico, concreción de la dignidad de la persona aunque no se confunde con ella, y que se

(78) Según el parágrafo 193, los juicios críticos sobre obras científicas, artísticas o profesionales, expresiones similares formuladas para el ejercicio o defensa de derechos o para la protección de intereses legítimos, los reproches y censuras del superior al inferior, las denuncias de servicio o juicios por parte de un funcionario público, y casos similares, sólo son punibles si surge la existencia de una injuria de la forma de la exteriorización o de las circunstancias en que ha tenido lugar. En opinión de la doctrina, el parágrafo 193 no es aplicable a la calumnia; v. LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 1284.

(79) JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, I, traducción y adiciones de Derecho español, por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 450. Es preciso que el sujeto haya procedido de forma cuidadosa a comprobar la veracidad de las imputaciones que formula con la finalidad de defender un interés legítimo. La aplicación del parágrafo 193 presupondrá, de ordinario, una situación originaria o básica de error respecto a los hechos imputados.

(80) LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., págs. 405 y s.

protege en tanto consideración social merecida o ganada. Ello quiere decir que, en principio, se le reconoce a todo hombre por el hecho de serlo, pero también que no se protege la «apariencia» de una buena reputación u «honor formal». Esta posición ha llevado a plantear sus consecuencias de cara al reconocimiento legal de la *exceptio veritatis*. Pues parece que sólo si se entiende protegida la *apariencia de una buena reputación* puede adoptarse el criterio general de no admisión de la prueba de la verdad.

El presente trabajo ha procurado también delimitar el ámbito en que puede ser planteada la cuestión de la prueba de la verdad en las injurias, esto es, las que consisten en la formulación de *juicios de hecho*, suscitándose la cuestión, siempre dudosa, de la delimitación entre juicios de hecho y juicios de valor.

El criterio general —sometido a excepciones— de inadmisibilidad de la prueba de la verdad en las injurias, seguido por el Código penal español, ha sido puesto en relación, por otra parte, con la exigencia de un específico elemento subjetivo de lo injusto, el *animus iniuriandi*, en orden a determinar si cumple la función restrictiva del tipo que en el Derecho comparado desempeña la prueba de la verdad. Quien sostuviese esta posición habría de proceder de la forma siguiente: puesto que no se da el injusto típico si el sujeto actúa con ánimo de informar o criticar, por ejemplo, y sin ánimo de injuriar, carece de sentido suscitar de *lege ferenda* la cuestión de la admisibilidad general de la prueba de la verdad. Este trabajo ha pretendido mostrar, sin embargo, que esta posición deja sin resolver los supuestos en que el ánimo de injuriar no es desplazado o anulado por otro diverso, por ejemplo el de informar, sino que concurre con éste. Asimismo se ha destacado, a la vista del Derecho comparado, que la admisibilidad general de la prueba de la verdad ha de estar sometida, a su vez, a excepciones —por ejemplo, no cabría admitir ésta en las imputaciones relativas a la vida privada—, lo que supone una inversión de la relación actual regla-excepción, en el sentido de que lo hoy excepcional, admisión de la prueba de la verdad, pasaría a ser la regla.

Por último, se han puesto estas cuestiones a la luz del Derecho constitucional a la libre emisión del pensamiento.

La relación entre protección penal del honor y derecho a la libre emisión del pensamiento no es coincidente en los diversos sistemas positivos.

En el Derecho alemán, según resulta de la exposición precedente, la protección penal del honor se caracteriza por la admisión de la prueba de la verdad. La falsedad de la imputación viene así a delimitar, en principio, el propio concepto de honor jurídico-penalmente protegido. De otra parte, a pesar de la falsedad del hecho imputado o de que la verdad no puede ser probada, estará justificada la injuria o la difamación si el sujeto obra en defensa de un interés legítimo de conformidad con lo previsto en el párrafo 193, salvo que la existencia del delito surja de la forma o circunstancias en que ha tenido lugar,

según dispone el mismo párrafo. De ello deriva que el derecho a la libre emisión del pensamiento se halle ampliamente garantizado.

En el Derecho italiano no se admite con carácter general la prueba de la verdad, pero se ha entendido que el derecho a la libre emisión del pensamiento se garantiza mediante el recurso al ejercicio de un derecho como causa de justificación. Tal causa de justificación está sometida a límites internos y externos, en especial la verdad histórica, el interés público de las alegaciones y el uso de un lenguaje correcto.

En el Derecho español se admite también sólo excepcionalmente la prueba de la verdad en las injurias. Pero, a diferencia de lo que ha sucedido en Italia, no se invoca una causa de justificación, al amparo del número 11 del artículo 8 del Código penal, en los supuestos en que el sujeto obra en ejercicio del derecho a la libre emisión del pensamiento, sino que el T. S. entiende que es preciso que, en la situación concreta, concorra un ánimo de informar, narrar, criticar, etc., que desplace o anule al ánimo de injuriar. No se recurre a una causa de justificación y, en consecuencia, tampoco se determinan con precisión los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento (interés público, verdad histórica, lenguaje correcto, etc.) (81), sino que habrá que esta a que en el caso particular pueda estimarse anulado o desplazado el ánimo de injuriar.

Detrás de las diversas orientaciones se advierte, como a lo largo de este trabajo se ha intentado poner de relieve, una diversa concepción del honor y de los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento.

(81) Respecto a los hechos relativos a la vida privada se admite generalmente que no cabe hablar de verdad o falsedad; v. NOVOA MONREAL, S., *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*. Siglo Veintiuno ed., Méjico, 1979, págs. 62 y s., Como se puso de manifiesto en su momento, en el Derecho comparado predomina el criterio de establecer un límite a la prueba de la verdad, allí donde es admitida por regla general, en las imputaciones que hacen referencia a la vida privada.